

Wolfgang Besler

**DIE PROBLEME
DER VERWALTUNGSGERICHTLICHEN NORMENKONTROLLE
unter besonderer Berücksichtigung der Neufassung
des § 47 der Verwaltungsgerichtsordnung**

1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555410_0009

Die Probleme der verwaltungsgerichtlichen
Normenkontrolle unter besonderer Berück-
sichtigung der Neufassung des § 47 der
Verwaltungsgerichtsordnung

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte

durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Wolfgang Besler
aus Auerbach



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Achterberg
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Menger
Dekan: Prof. Dr. Hoppe

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Juli 1981

- 1 -

Literaturverzeichnis

- Achterberg, Norbert Die Entscheidung über das Bedürfnis für die Bundesgesetzgebung (Art. 72 Abs. 2 GG), DVBl. 1967, S. 213 ff.
- ders. Probleme der Funktionenlehre, München, 1970
- ders. Kriterien des Gesetzesbegriffs unter dem Grundgesetz, DÖV 1973, S. 289 ff.
- ders. Hans Kelsens Bedeutung in der gegenwärtigen deutschen Staatsrechtslehre, DÖV 1974, S. 445 ff.
- ders. Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote, DÖV 1977, S. 649 ff.
- ders. Rechtsverhältnisse als Strukturelemente der Rechtsordnung, in: Rechtstheorie, 9. Band, 1978, Heft 4, Berlin
- ders. Strukturen der Geschichte des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft, DÖV 1979, S. 737
- ders. Probleme des Normenkontrollverfahrens, VerwArch 1981, S. 163 ff.
- Arndt, Adolf Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung, NJW 1957, S. 361 ff.
- ders. Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, DÖV 1959, S. 81 ff.

- Arndt, Adolf Hat die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes die Nichtigkeit der darauf gestützten Verwaltungsakte zur Folge?
NJW 1959, S. 863 ff.
- ders. Welche Folge hat die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes für einen darauf gestützten Verwaltungsakt?
NJW 1959, S. 2145
- Babel, Gisela Probleme der abstrakten Normenkontrolle, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 25, Diss., Berlin, 1965
- Bachof, Otto Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen, 1951
- ders. Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut - Diskussionsbeitrag - ,
VVDStRL 18, S. 209
- ders. Nachwort zu Bettermann: Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtsetzungsakte der öffentlichen Gewalt, AöR 86 (1961), S. 186
- ders. Bundesrecht als Maßstabsrecht im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren?
DÖV 1964, S. 9
- Bartlsperger, Richard Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates, DVBl. 1967, S. 360 ff.

- Baum, Gerhart Rudolf
Die Verwaltungsgerichtsbarkeit
im Spannungsfeld zwischen Ge-
setzesvollzug und Individual-
rechtsschutz,
DÖV 1980, S. 427 ff.
- Baumbach, Adolf
Lauterbach, Wolfgang
Albers, Jan
Hartmann, Peter
Zivilprozeßordnung, 36. Auf-
lage, München, 1978
- Becker, Hans Joachim
Normenflut und Rechtsschutz-
gewährung,
ZBR 1980, S. 116 ff.
- Becker, Klaus D.
Die antragsunabhängige Teil-
nichtigkeit wegen "untrenn-
baren Regelungszusammenhanges"
in der Bebauungsplankontrolle
nach § 47 VwGO,
BauR 1980, S. 195 ff.
- Bender, Bernd
Dohle, Rolf
Nachbarschutz im Zivil- und Ver-
waltungsrecht, Schriftenreihe
der NJW, Heft 13, München, 1972
- Bergmann, Wolfgang
Zwischenbilanz zur verwaltungs-
gerichtlichen abstrakten Normen-
kontrolle,
VerwArch 51 (1960), S. 36 ff.
- ders.
Anmerkung zum Vorlagebeschluß
des OVG Bremen,
DÖV 1961, S. 264 ff.
- Besler, Wolfgang
Bericht zum Arbeitskreis VII
des Verwaltungsrichtertages
1980, DVBl. 1980, S. 822
- Bethge, Herbert
Anmerkung zum Urteil des OVG
NW vom 20.2.1974,
NJW 1975, S. 77/78

- Bettermann, Karl August Verwaltungsakt und Richter-
spruch, Gedächtnisschrift
für Walter Jellinek, S. 361 ff.,
München, 1955
- ders. Zur Verfassungsbeschwerde ge-
gen Gesetze und zum Rechts-
schutz des Bürgers gegen
Rechtsetzungsakte der öffent-
lichen Gewalt,
AöR 86 (1961), S. 186 ff.
- ders. Vorbeugender Rechtsschutz in
der Verwaltungsgerichtsbarkeit,
Zehn Jahre Verwaltungsgerichts-
ordnung, Schriftenreihe der
Hochschule Speyer, Band 45,
S. 185 ff., Berlin, 1970
- ders. Über die Wiederaufnahme abge-
schlossener Verwaltungsverfahren,
Festschrift für Hans J.
Wolff, S. 465 ff., München,
1973
- ders. Anmerkung zum Beschluß des
BVerwG vom 9.11.1979,
DVBl. 1980, S. 233 ff.
- Bickel, Heribert Anmerkung zum Beschluß des
Bad.-Württ.VGH vom 11.2.1977,
NJW 1977, S. 1934
- Birk, Dieter Die neugefaßte Vorbehaltsklausel
in § 47 VwGO,
DVBl. 1978, S. 161 ff.
- ders. Rechtsschutz gegen (vorgreif-
liche) Planmaßnahmen,
JuS 1979, S. 412 ff.
- Blümel, Willi Zur inhaltlichen Überprüfung
des Bebauungsplanes im nach-
folgenden Enteignungsverfahren,
DÖV 1965, S. 297

- Blümel, Willi Raumplanung, vollendete Tatsachen und Rechtsschutz, Festschrift für Ernst Forsthoff, München, 1967, S. 132 ff.
- ders. Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 3.6.1971, DVBl. 1972, S. 119
- Bökelmann, Dieter Die Revisibilität der Entscheidungen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren, JZ 1974, S. 322 ff.
- Bock, Hans-Christian Das Rechtsschutzbedürfnis im Verwaltungsprozeß, Diss., Göttingen, 1971
- Brohm, Winfried Rechtsschutz im Bauplanungsrecht in: res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, herausgegeben von Ernst Forsthoff, Band 3, Stuttgart, 1959
- Brodersen, Carsten Anmerkung zum Beschluß des BVerwG vom 9.11.1979, JuS 1980, S. 460
- Buhren, Gert Probleme der notwendigen Beiladung im Verwaltungsprozeß, JuS 1976, S. 512 ff.
- Creifelds, Carl Rechtswörterbuch, 5. Auflage, München, 1978
- Dahmen, Alois
Driehaus, Hans-Joachim
Küffmann, Gerold
Wiese, Rolf Kommentar zum Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, 2. neubearbeitete Auflage, Herne/Berlin, 1977
- Dreher, Eduard Glanz und Elend der Staatsgerichtsbarkeit, NJW 1951, S. 377

- Eiselt, Gerhard Richtlinien für Unterricht und Erziehung im Schulwesen als administrativ gesetztes Recht, DÖV 1980, S. 405 ff.
- Elias, Frithjof Abgrenzungsprobleme bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO, Diss., Berlin, 1968
- von Engelhardt, Olaf-Roman Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 166, Berlin, 1971
- Engelken, Klaas Die Normenkontrolle in der Praxis und in rechtspolitischer Sicht -Diskussionsbeitrag- in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 45, S. 182, Berlin, 1970
- ders. Einstweiliger Rechtsschutz im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, Diss., Heidelberg, 1971
- ders. Einstweilige Anordnungen nach § 123 VwGO im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO? DÖV 1971, S. 331
- Erichsen, Hans-Uwe Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, München, 1977
- ders. Der gerichtliche Geschäftsverteilungsplan, VerwArch 68 (1977), S. 179 ff.
- Evers, Hans-Ulrich Gesetzesvorbehalt im Schulrecht, JuS 1977, S. 804 ff.

- Eyermann, Erich
Anmerkung zum Urteil des
Bad.-Württ.VGH,
DVBl. 1963, S. 399 ff.
- Eyermann, Erich
Fröhler, Ludwig
Verwaltungsgerichtsgesetz,
Kommentar, München/Berlin 1950
- dies.
Verwaltungsgerichtsordnung,
5. Auflage, München, 1971
- dies.
Verwaltungsgerichtsordnung,
6. Auflage, München, 1974
- dies.
Verwaltungsgerichtsordnung,
8. Auflage, München, 1978
- Fink, Berthold H.
Der praktische Fall,
JuS 1968, S. 83 ff.
- Finkelburg, Klaus
Vorläufiger Rechtsschutz im
Verwaltungsstreitverfahren,
1. Auflage, München, 1973
- ders.
wie vor, 2. Auflage, München,
1979
- Forsthoff, Ernst
Verwaltungsrecht, Allgemeiner
Teil, 8. Auflage, München/Ber-
lin, 1961
- Friauf, Karl Heinrich
Polizei- und Ordnungsrecht,
in: von Münch, Besonderes Ver-
waltungsrecht, 4. Auflage, S.
153 ff., Berlin/New York, 1976
- Friesenhahn, Ernst
Die Verfassungsgerichtsbarkeit
in der Bundesrepublik Deutsch-
land,
Verfassungsgerichtsbarkeit in
der Gegenwart, S. 1 ff.,
Köln/Berlin, 1963

- Gallwas, Hans-Ullrich Faktische Beeinträchtigungen
im Bereich der Grundrechte,
Schriften zum öffentlichen
Recht, Band 126, Berlin, 1970
- Gierth, Karl Klagebefugnis und Popularklage,
DÖV 1980, S. 893 ff.
- Götz, Heinrich Der Wirkungsgrad verfassungs-
widriger Gesetze,
NJW 1960, S. 1177 ff.
- Grave, Helmut Vorläufiger Rechtsschutz gem.
§ 47 Abs. 7 VwGO,
BauR 1981, S. 156 ff.
- Gross, Rolf Anmerkung zur Entscheidung des
HessStGH,
DVBl. 1970, S. 217 ff.
- Groth, Klaus Martin Die Auswirkungen der erweiter-
ten Klagebefugnis nach § 47
Abs. 2 VwGO auf den baurecht-
lichen Nachbarschutz;
DVBl. 1979, S. 179 ff.
- Grundmann, Werner Zur Vorgreiflichkeit verfas-
sungsgerichtlicher Anordnungs-
entscheidungen,
DÖV 1960, S. 680 ff.
- Grunsky, Wolfgang Der einstweilige Rechtsschutz
im öffentlichen Recht,
JuS 1977, S. 217 ff.
- Hacker, Helmut Rechtsschutz im Bauplanungs-
recht, JR 1967, S. 130
- Haller, Herbert Die verfassungsgerichtliche
Verordnungsprüfung,
in: Ermacora/Winkler/Koja/Rill/
Funk, Allgemeines Verwaltungs-
recht, S. 553 ff., Wien, 1979

- Hamann, Andreas Aussetzung der Vollziehung von Steuerbescheiden bei verfassungsrechtlich zweifelhaften Steuergesetzen, NJW 1959, S. 1465 ff.
- Hanack, Ernst Walter Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, Hamburg/Berlin, 1962
- Henrichs, Wilhelm Kommunalverfassungsstreitverfahren vor den Verwaltungsgerichten, DVBl. 1959, S. 548 ff.
- Herzog, Roman Verfassungsgerichtliche und verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, BayVBl. 1961, S. 368 ff.
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Auflage, Karlsruhe, 1980
- Hirsch, Martin Abweichende Auffassung zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 5.2.1981, JZ 1981, S. 187
- Hoffmann, Bodo-Falk Die Antragsbefugnis im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren, Diss., Heidelberg, 1974
- Holdegel, Helmut Sind Normenkontrollbeschlüsse revisionsfähig? DÖV 1954, S. 209 ff.
- Hoppe, Werner Bauleitplanung und Eigentums-
garantie, DVBl. 1964, S. 165 ff.

- Hoppe, Werner Staatsaufgabe, Umweltschutz,
in: Sonderdruck aus VVDStRL 38,
S. 298 ff.
- ders. Zur planungsrechtlichen Zuläs-
sigkeit von Kraftwerken und son-
stigen Großvorhaben im "Außen-
bereich"
NJW 1978, S. 1229 ff.
- van Husen, Paulus Gesetz über die Verwaltungsge-
richtsbarkeit, Kommentar,
Stuttgart, 1947
- Ihering, Rudolf v. Der Kampf ums Recht, herausge-
geben von Erich Wolf, Deutsches
Rechtsdenken, Heft 12, 3. Auf-
lage, Nürnberg, 1960
- Jellinek, Walter Die Verwaltungsgerichtsbarkeit
in der amerikanischen Zone,
DReZ 1948, S. 268 ff.
- ders. Der Schutz des öffentlichen
Rechts durch ordentliche und
durch Verwaltungsgerichte,
VVDStRL 2, S. 8 ff.
- Kalkbrenner, Helmut Verfassungswidrige Rechtsver-
ordnungen im gerichtlichen Ver-
fahren,
DVBl. 1962, S. 695
- Keil, Heinrich Sind Normenkontrollentscheidun-
gen der Obergerichtsgerichte
rechtsmittelfähig?
DVBl. 1969, S. 529 ff.
- Kelsen, Hans Hauptprobleme der Staatsrechts-
lehre, Wien, 1910
- ders. Wesen und Entwicklung der
Staatsgerichtsbarkeit,
VVDStRL 5, S. 30 ff.

- | | |
|---|--|
| Kisker, G. | Insißprozeß und Einheit der Verwaltung, München, 1968 |
| Klein, Friedrich | Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL 8, S. 67 ff. |
| Klein, Hans. H.
Kupfer, Hans-Wolfram | Die einstweilige Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren gegen Hochschulsatzungen, DÖV 1970, S. 73 ff |
| Klinger, Hans | Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, Göttingen, 1954 |
| Klotz, Erhard | Normenkontrolle nach § 47 VwGO und einstweilige Anordnung, DÖV 1966, S. 186 ff. |
| Knöpfle, Franz | Die Bedeutung der Vorbehaltsklausel des § 47 Abs. 3 VwGO für das Normenkontrollverfahren vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof, in: Verwaltung und Rechtsbindung, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, S. 187 ff. München, 1979 |
| Koehler, Alexander | Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin/Frankfurt, 1960 |
| König, Hans-Günther | Die Prüfung des Normenkontrollantrags nach § 47 VwGO vor dem Oberverwaltungsgericht (VGH), DVBl. 1963, S. 82 ff. |
| ders. | Mittelbare und unmittelbare Verfassungswidrigkeit abgeleiteter Rechtsnormen, DVBl. 1972, S. 57 ff. |

- Köpp, Klaus Der praktische Fall,
JuS 1979, S. 125 ff.
- Kopp, Ferdinand O. Verwaltungsgerichtsordnung,
1. Auflage, München, 1974
- ders. Änderungen im Verwaltungsprozeß-
recht,
NJW 1976, S. 1961 ff.
- ders. Entwicklungstendenzen in der
Verwaltungsgerichtsbarkeit,
BayVBl. 1977, S. 513 ff.
- ders. Verwaltungsgerichtsordnung,
4. neubearbeitete Auflage,
München, 1979
- ders. Die Beteiligung im verwaltungs-
gerichtlichen Normenkontrollver-
fahren,
in: Verwaltung und Rechtsbindung,
Festschrift zum hundertjährigen
Bestehen des Bayerischen Verwal-
tungsgerichtshofes, S. 205 ff.
München, 1979
- ders. Verwaltungsgerichtsordnung,
5. neubearbeitete Auflage,
München 1981
- Kratzer, Jakob Sind Normenkontrollbeschlüsse
revisionsfähig?
DÖV 1954, S. 44
- ders. Anmerkung zum Beschluß des Bun-
desverfassungsgerichts (BVerfGE
18 S. 407),
BayVBl. 1965, S. 265
- Krebs, Walter Antragsbefugnis und Rechtsschutz-
interesse im verwaltungsgericht-
lichen Normenkontrollverfahren,
VerwArch 69 (1978), S. 323 ff.

- von Kupsch, Hans-Karl Die Bedeutung des § 40 VwGO für die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, Diss., Würzburg, 1965
- Lange, Klaus Eindämmung der Vorschriftenflut im Verwaltungsrecht? DVBl. 1979, S. 533 ff.
- Leibholz, G
Rinck, J. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, 2. Auflage, Köln, 1966
- Leibholz, Gerhard
Rupperecht, Reinhard Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar, Köln, 1968
- Lent, Friedrich
Jauernig, Othmar Zivilprozeßrecht, 17. Auflage, München, 1974
- Lerche, Peter Ist die Nichtigkeit von Verwaltungsakten durch Anfechtungsklage oder durch Feststellungsklage geltend zu machen? DVBl. 1952, S. 396 ff.
- ders. Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 21, Berlin, 1953
- Löhr, Rolf-Peter Gerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten der Gemeinden gegen Regionalpläne, DVBl. 1980, S. 13 ff
- Löwer, Wolfgang Der Insichprozeß in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, VerwArch 68 (1977), S. 327 ff.
- ders. Die Antragsbefugnis im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren, NJW 1979, S. 1265 ff.

- | | |
|--|---|
| Lorenz, Dieter | Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 25.5.1968, DVBl. 1969, S. 144 |
| ders. | Der Rechtsschutz und die Rechtsschutzgarantie, München, 1973 |
| Mang, Johann | Bebauungsplan und Normenkontrolle BayVBl. 1961, S. 273 ff. |
| von Mangoldt, Hermann
Klein, Friedrich | Das Bonner Grundgesetz, Band I, Berlin/Frankfurt, 1966 |
| Martin, Helmut | Die Ablösung von Beiträgen, KStZ 1981, S. 29 |
| Masson, Christoph | Normenkontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof, BayVBl. 1957, S. 233 ff. |
| Maunz, Theodor | Deutsches Staatsrecht, 15. Auflage, München/Berlin, 1966 |
| Maunz, Theodor
Dürig, Günter
Herzog, Roman
Scholz, Rupert | Grundgesetz, Band I, Art. 1 - 19, München, Stand: August 1979 |
| Maunz, Theodor
Schmidt-Bleibtreu, Bruno
Klein, Franz
Ulsamer, Gerhard | Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München, Stand: September 1979 |
| Maurer, Hartmut | Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, in: Tübinger Festschrift für Eberhard Kern, S. 275 ff., Tübingen, 1968 |
| Menger, Christian-Friedrich | System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen, 1954 |
| ders. | Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, III. Band, 2. Halbband, Berlin, 1959 |

- Menger, Christian-Friedrich Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 52 (1961), S. 410 ff.
- ders. Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 54 (1963), S. 393 ff.
- ders. Anmerkung zum Urteil des OVG NW vom 20.1.1965, JZ 1965, S. 720 ff.
- ders. Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 57 (1966), S. 377 ff.
- ders. Abgrenzung zwischen verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Streitigkeiten, VerwArch 66 (1975), S. 169 ff.
- Meyer, Klaus Die neueste Entwicklung des Nachbarschutzes im öffentlichen Baurecht, DWW 1968, S. 122 ff.
- ders. Die Normenkontrolle in der Praxis und in rechtspolitischer Sicht, in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 45, S. 161 ff., Berlin, 1970
- Meyer-Hesemann, Wolfgang Die Zulässigkeit gesetzesinkongruenter verwaltungsrechtlicher Vergleichsverträge und Prozeßvergleiche, DVBl. 1980, S. 869 ff.
- Meyer-Ladewig, Jens Zur beabsichtigten Reform des § 47 VwGO, DVBl. 1976, S. 204 ff.

- Meyer-Ladewig, Jens Die Normenkontrolle von Satzungen nach dem Bundesbaugesetz und dem Städtebauförderungsgesetz im neuen Gewande, BBauBl. 1977, S. 215 ff.
- Michel, Helmut Normenkontrolle durch die vollziehende Gewalt, NJW 1960, S. 841 ff.
- MöBle, Wilhelm Die Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, BayVBl. 1976, S. 609 ff.
- Mombaur, Peter Michael
Dahm, Clemens Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, 23. Auflage, Köln, 1978
- Müller, Hanswerner Unter welchen Voraussetzungen macht Nichtigkeit eines Gesetzesteiles das ganze Gesetz nichtig? DVBl. 1964, S. 104 ff.
- ders. Zur Normenkontrolle durch die Oberverwaltungsgerichte, DÖV 1965, S. 759 ff.
- ders. Rechtsmittel gegen Normenkontrollentscheidungen der Oberverwaltungsgerichte, DVBl. 1968, S. 97 ff.
- Müller, Horst-Joachim Verfassungswidrige Rechtsverordnungen im gerichtlichen Verfahren, DVBl. 1962, S. 158 ff.
- ders. Anmerkung zum Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.11.1979, DÖV 1980, S. 217 ff.
- Müller, Klaus Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, Diss., Frankfurt, 1966

- von Mutius, Albert Rechtsnorm und Verwaltungsakt,
in: Festschrift für Hans J.
Wolff, S. 167 ff., München,
1973
- ders. Sind Gerichte im verwaltungs-
gerichtlichen Normenkontroll-
verfahren antragsbefugt?
VerwArch 64 (1973), S. 95 ff.
- Naumann, Richard Vom vorbeugenden Rechtsschutz
im Verwaltungsprozeß,
in: Gedächtnisschrift für Walter
Jellinek, S. 391 ff.,
München, 1955
- ders. Rezension zu: Res publica, Bei-
träge zum öffentlichen Recht,
herausgegeben von Ernst Forst-
hoff, Stuttgart 1959,
DÖV 1960, S. 807
- Neumann, Peter Wirtschaftslenkende Verwaltung,
res publica, Band 2, Stuttgart,
1959
- Niehues, Norbert Der Vorbehalt des Gesetzes im
Schulwesen,
DVBl. 1980, S. 465 ff.
- Obermayer, Klaus Die Rechtsverordnung im formel-
len Sinne im bayrischen Landes-
recht,
DÖV 1954, S. 73 ff.
- ders. Rechtsverordnung im formellen
Sinn?
DÖV 1955, S. 364 ff.
- ders. Anmerkung zum Urteil des BayVG
vom 20.1.1956,
BayVBl. 1956, S. 121
- ders. Verfassungsgerichtliche Aspekte
der verwaltungsgerichtlichen
Normenkontrolle,
DVBl. 1965, S. 625 ff.

- Obermayer, Klaus Gedanken zur Methode der Rechts-
erkenntnis,
NJW 1966, S. 1885 ff.
- ders. Bemerkungen zur einstweiligen
Anordnung im Verwaltungspro-
zeß, in: Gedächtnisschrift für
Hans Peters, S. 875 ff., Berlin/
Heidelberg, 1967
- ders. Verwaltungsprozeßrecht,
in: Staats- und Verwaltungs-
recht in Bayern, 3. Auflage,
S. 228 ff. München, 1968
- ders. Die verwaltungsgerichtliche
Normenkontrolle (I),
in: Zehn Jahre Verwaltungsge-
richtsordnung, Schriftenreihe
der Hochschule Speyer, Band 45,
S. 142 ff., Berlin 1970
- Ossenbühl, Fritz Die Verwaltungsvorschrift in
der verwaltungsgerichtlichen
Praxis, AöR 92 (1966), S. 1 ff.
- ders. Ministerialerlasse als Gegen-
stand der verwaltungsgericht-
lichen Normenkontrolle,
DVBl. 1969, S. 526 ff.
- Papier, Hans-Jürgen Rechtliche Bindung und gericht-
liche Kontrolle planender Ver-
waltung im Bereich des Boden-
rechts,
NJW 1977, S. 1714 ff.
- Pestalozza, Christian Verfassungsprozessuale Probleme
in der öffentlich-rechtlichen
Arbeit, München, 1976
- ders. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit
im Grenzbereich zur Verfassungs-
gerichtsbarkeit,
NJW 1978, S. 1782 ff.

- Puppe, Dietrich Zur zeitlich begrenzten Weiter-
geltung verfassungswidriger Ge-
setze,
DVBl. 1970, S. 317 ff.
- Prutsch, Ulrich Rechtsnatur von Verkehrsrege-
lungen durch amtliche Verkehrs-
zeichen,
JuS 1980, S. 566
- Quaritsch, Helmut Die einstweilige Anordnung im
Verwaltungsprozeß,
VerwArch 51 (1960), S. 210 ff,
342
- Rasch, Ernst Organisationsrechtliche Pro-
bleme der Verwaltungsgerichts-
barkeit,
VerwArch 60 (1969), S. 1 ff.
- ders. Normenkontrolle und Bebauungs-
pläne,
BauR 1977, S. 147 ff.
- Redeker, Konrad Einführung des Normenkontroll-
verfahrens in Nordrhein-West-
falen? NJW 1974, S. 1648
- ders. Verfahrensrechtliche Bedenken
gegen die Verbandsklage,
ZRP 1976, S. 163 ff.
- Redeker, Konrad
von Oertzen, Hans-J. Verwaltungsgerichtsordnung,
Kommentar, 5. Auflage,
Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz,
1975
- dies. Verwaltungsgerichtsordnung,
Kommentar, 6. Auflage,
Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz
1978
- dies. Verwaltungsgerichtsordnung,
Kommentar, 7. Auflage
Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz,
1981

Renck, Ludwig

Untersuchungen zur Gesetzgebungs-
befugnis auf dem Gebiete
des Normenkontrollrechts nach
dem Grundgesetz, Diss., Tü-
bingen, 1964

ders.

Bundesrecht als Maßstabsrecht
im verwaltungsgerichtlichen
Normenkontrollverfahren?
DÖV 1964, S. 1 ff.

ders.

Die verfahrensrechtlichen Mög-
lichkeiten eines Rechtsschutzes
bei Rechtsverletzungen unmittel-
bar durch Rechtsvorschriften,
DÖV 1964, S. 651 ff.

ders.

Die Antragsbefugnis der Gerichte
im verwaltungsgerichtlichen
Normenkontrollverfahren,
BWVBl. 1964, S. 150 ff.

ders.

Zur Verfassungsmäßigkeit von
§ 76 BVerfGG,
JZ 1964, S. 249 ff.

ders.

Feststellung der Wirksamkeit
von Verwaltungsakten,
NJW 1965, S. 1791 ff.

ders.

Verwaltungsgerichtlicher Rechts-
schutz gegen Rechtsnormen,
JuS 1966, S. 273 ff.

ders-

Norm und Einzelakt - Die Rechts-
natur von Verkehrsregelungen
durch Verkehrszeichen,
JuS 1967, S. 545 ff.

ders.

Zur Dogmatik der verwaltungs-
gerichtlichen Normenkontrolle,
BayVBl. 1979, S. 225 ff.,
262 ff.

ders.

Probleme der verwaltungsgericht-
lichen Normenkontrolle,
NJW 1980, S. 1022 ff.

- Römermann, Klaus Zur planungsrechtlichen Zulässigkeit von Kraftwerken im "Außenbereich", NJW 1978, S. 2286 ff.
- Ruckdäschel, Oskar Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, DÖV 1961, S. 675 ff.
- Rupp, Hans Heinrich Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 15, Tübingen, 1965
- ders. Anmerkung zum Urteil des OVG NW vom 30.9.1964, JZ 1965, S. 370
- Rupp, Hans Heinrich
Geck, Karl Die Stellung der Studenten in der Universität, Berlin, 1968
- Schack, Friedrich Rechtsverordnungen im formellen Sinne? DÖV 1958, S. 273 ff.
- Schäfer, Hans Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Band 1, S. 159 ff., Karlsruhe, 1963
- Scheffler, Hans-Hermann Wachsende Bedeutung der Verwaltungsvorschriften, DÖV 1980, S. 236 ff.
- Schenk, Karlheinz Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle DVBl. 1976, S. 198 ff.
- Schenke, Wolf-Rüdiger Verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, NJW 1978, S. 671 ff.

- Schenke, Wolf-Rüdiger Die einstweilige Anordnung in Verbindung mit der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle (§ 47 Abs. 7 VwGO), DVBl. 1979, S. 169 ff.
- ders. Rechtsschutz gegen Normen, JuS 1981, S. 81 ff.
- Scheuner, Ulrich Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, DVBl. 1952, S. 613 ff.
- Schlez, Georg Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zum Bebauungsplanrecht und die Novelle 1979 zum Bundesbaugesetz, BWVBl. 1980, S. 41 ff.
- Schlichter, Otto Gesetzgebung und Rechtsprechung im Spannungsfeld zwischen Umwelt und Wirtschaft, GewArch 1978, S. 313 ff.
- Schmidt, Johann Erstickt uns die Bürokratie durch zu viel Kontrolle der Verwaltungsgerichte? BayVBl. 1980, S. 737 ff.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno
Klein, Franz Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage, Neuwied/Darmstadt, 1977
- Schmitt Glaeser, Walter
Tschira, Oskar Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, BayVBl. 1970, S. 203 ff.
- Schoen, Xaver Zeit- und Streitfragen zum Verwaltungsprozeß, Stuttgart/Köln, 1951

- Schoen, Xaver
Sind Normenkontrollbeschlüsse
revisionsfähig?
DÖV 1954, S. 46 ff
- ders.
Die Normenprüfung durch den
Verwaltungsgerichtshof,
in: Gedächtnisschrift für
Walter Jellinek, S. 407 ff.,
München, 1955
- Schönke, Adolf
Das Rechtsschutzbedürfnis,
Prozeßrechtliche Abhandlungen,
Heft 17, 1950
- Scholler, Heinrich
Broß, Siegfried
Besonderes Verwaltungsrecht,
Karlsruhe, 1973
- Schrickel, Hans-Wilhelm
Die Verfassungsbeschwerde gegen
unterstaatliches Recht in ihrem
Verhältnis zur verwaltungsge-
richtlichen Normenkontrolle,
Diss., Frankfurt, 1972
- Schrödter, Hans
Kommentar zum Bundesbaugesetz,
Berlin/Frankfurt, 1964
- Schütz, Walter
Frohberg, Günther
Kommentar zum Bundesbaugesetz,
Neuwied/Berlin/Darmstadt, 1960
- Schunck, Egon
De Clerck, Hans
Verwaltungsgerichtsordnung,
2. Auflage, Siegburg, 1967
- dies.
Verwaltungsgerichtsordnung,
3. Auflage, Siegburg, 1977
- Schweiger, Karl
Rechtsverordnung im formellen
Sinn?
DÖV 1955, S. 360
- Siemer, Hermann
Normenkontrolle durch Feststel-
lungsklage? Schriften zum Pro-
zeßrecht, Berlin, 1971

- Skouris, Wassilios Teilnichtigkeit von Gesetzen,
Berlin, 1973
- ders. Die Legitimation zur Anfechtung
von Bebauungsplänen,
DVBl. 1980, S. 315 ff.
- Soyka, Klaus Zur richterlichen Normenkontrolle
nach § 47 VwGO,
MDR 1974, S. 448 ff.
- Steiner Anmerkung zum Urteil des Bundes-
verwaltungsgerichts vom 13.12.
1979,
DVBl. 1980, S. 417
- Stephan, Bodo Das Rechtsschutzbedürfnis, neue
Kölner rechtswissenschaftliche
Abhandlungen, Heft 50,
Berlin, 1967
- Stern, Klaus Zur verwaltungsgerichtlichen
Normenkontrolle - Ein Plädoyer
für ihre Ausweitung, in:
Festschrift für Hans Schäfer,
S. 62 ff.,
- ders. Der praktische Fall,
JuS 1963, S. 68 ff.
- ders. Verwaltungsprozessuale Grund-
probleme in der öffentlichrecht-
lichen Arbeit,
JuS 1965, S. 183 ff.
- ders. Verwaltungsprozessuale Probleme
in der öffentlichrechtlichen
Arbeit, 4. Auflage, München, 1978
- Stüer, Bernhard Der Flächennutzungsplan als Ge-
genstand der Rechtsprechung und
des Rechtsschutzes,
Städte- und Gemeinderat 1979,
S. 109 ff.

- Theuersbacher, Paul Öffentlichrechtliche Klausur,
JuS 1971, S. 95 ff.
- Thomas, Heinz Zivilprozeßordnung, 9. Auflage,
Putzo, Hans München, 1977
- Tschira, Oskar Verwaltungsprozeßrecht, 3. Auf-
Schmitt Glaeser, Walter lage,
Stuttgart/München/Hannover, 1977
- dies. Verwaltungsprozeßrecht, 4. Auf-
lage, Stuttgart/München/Hannover,
1980
- Ule, Carl Hermann Revisibilität von Normenkontroll-
entscheidungen?
AöR 82 (1957), S. 123 ff.
- ders. Verwaltungsgerichtsbarkeit,
Band I, 2. Halbband, 2. Auflage,
Köln/Berlin/München/Bonn, 1962
- ders. Entwurf eines Verwaltungsgerichts-
gesetzes, Band 40 der Schriften-
reihe der Hochschule Speyer,
1969
- ders. Vorbeugender Rechtsschutz im
Verwaltungsprozeß,
VerwArch 65 (1974), S. 291 ff.
- ders. Der Verwaltungsrechtsschutz in
den europäischen Staaten und die
deutsche Verwaltungsgerichtsbar-
keit
DVB1. 1970, S. 225 ff.
- ders. Verwaltungsprozeßrecht, 6. Auf-
lage, München, 1975
- Umbach, Dieter C. Anmerkung zum Beschluß des Bun-
desverfassungsgerichts vom
27.7.1971,
DVB1. 1971, S. 740 ff.

Vehse, Wolfgang
Hamann, Jörg

Verwaltungsgerichtliche Normen-
kontrolle und Verfassungsbe-
schwerde,
Gemeindetag, 1976, S. 62 ff.

Vogel, Hans-Jochen

Zur Diskussion um die Normen-
flut, JZ 1979, S. 321 ff.

Volkmar, Dieter

Allgemeiner Rechtssatz und
Einzelakt, Versuch einer be-
grifflichen Abgrenzung, Schrif-
tenreihe zum öffentlichen Recht,
Band 8, Berlin 1962

von Werder, Otto
Labs, Paul
Ortmann, Peter Paul

Das Verfahren vor den Verwal-
tungsgerichten, Kommentar zur
Verordnung 165, Oldenburg, 1949

Werner, Otto

Aspekte des Rechtsschutzes bei
der kommunalen Neugliederung
in Bayern,
BayVBl. 1976, S. 705 ff.

Westbomke, K.

Der Anspruch auf Erlaß von
Rechtsverordnungen und Satzungen,
1976

Weyreuther, Felix

Revisionszulassung und Nichtzu-
lassungsbeschwerde in der Recht-
sprechung der oberen Bundesge-
richte, München, 1971

Widtmann, Julius

Gemeindegrenzänderungen durch
Rechtsverordnung und durch
formelles Gesetz,
BayVBl. 1980, S. 328 ff.

Wiener, Alexander

Das Badische Wasserrecht, Er-
gänzungsband zur 2. Auflage des
Badischen Wasserrechts von
Schenkel, Karlsruhe, 1913

- Wilken, Rainer
Der Prüfungsmaßstab im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren, Diss., Bamberg, 1967
- ders.
Rechtsschutz gegen Rechtsnormen und verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, DVBl. 1969, S. 532 ff.
- Wolf, Bernhard
Die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, AöR 78 (1952/1953), S. 194 ff.
- Wolff, Hans J.
Verwaltungsrecht I, 8. Auflage, München, 1971
- ders.
Verwaltungsrecht I, 9. Auflage, München, 1974
- Wolff, Hans J.
Bachof, Otto
Verwaltungsrecht II, 4. Auflage, München, 1976
- dies.
Verwaltungsrecht III, 4. Auflage, München, 1978
- Wolfram, Klaus
Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach § 47 VwGO, Diss., München, 1967
- Zinkahn, Willi
Bielenberg, Walter
Bundesbaugesetz-Kommentar, München/Berlin, 1966
- Zuck, Rüdiger
Die einstweilige Anordnung im Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 7 VwGO, DÖV 1977, S. 848 ff.
- ders.
Die Vorlage gemäß § 47 VwGO bei der Normenkontrolle von Bebauungsplänen, DVBl. 1978, S. 166 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	= am angeführten Ort
a.A.	= anderer Ansicht
Abs.	= Absatz
a.E.	= am Ende
a.F.	= alte Fassung
AGVwGO	= Ausführungsgesetz zur Verwaltungs- gerichtsordnung
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
Bad.-Württ. VGH	= Baden-Württembergischer Verwaltungs- gerichtshof
BauR	= Baurecht
BayVBl.	= Bayerisches Verwaltungsblatt
BayVerf.	= Bayerische Verfassung
BayVGH	= Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	= Betriebsberater
BBauBl.	= Bundesbaublatt
Bd.	= Band
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BR-Drucks.	= Bundesratsdrucksache
BRS	= Baurechtssammlung
BT-Drucks.	= Bundestagsdrucksache
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
BVerfGG	= Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungs- gerichts
BWVBl.	= Baden-Württembergische Verwaltungs- blätter
ders.	= derselbe
dies.	= dieselben
d.h.	= das heißt
Diss.	= Dissertation
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung

DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
ESVGH	= Entscheidungssammlung der Verwaltungsgerichtshöfe
evtl.	= eventuell
ff	= folgende
FN	= Fußnote
gem.	= gemäß
GewArch	= Gewerbearchiv
GG	= Grundgesetz
ggf.	= gegebenenfalls
GO	= Gemeindeordnung
GVBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
HessVerf.	= Hessische Verfassung
HessVGH	= Hessischer Verwaltungsgerichtshof
i.e.S.	= im engeren Sinne
iSd, iSv	= im Sinne des, im Sinne von
iVm	= in Verbindung mit
JR	= Juristische Rundschau
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
KAG	= Kommunalabgabengesetz
MDR	= Monatszeitschrift Deutsches Recht
MRVO	= Militärregierungsverordnung
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
Nds.	= Niedersachsen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
NW	= Nordrhein-Westfalen
OVG	= Oberverwaltungsgericht
OVGE	= Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts
Rdnr.	= Randnummer
S.	= Seite
SGG	= Sozialgerichtsgesetz
sog.	= sogenannte (r)
StGHG	= Staatsgerichtshofgesetz
u.a.	= (1) und andere (s); (2) unter anderem

Verf	= Verfassung
VerfGHG	= Verfassungsgerichtshofgesetz
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	= Verwaltungsrechtssprechung
VGG	= Verwaltungsgerichtsgesetz
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
vgl.	= vergleiche
vorl.	= vorläufige
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	= Verwaltungsverfahrensgesetz
WoGG	= Wohnungsgeldgesetz
WpflG	= Wehrpflichtgesetz
z.B.	= zum Beispiel
ZMR	= Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik

Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
Einleitung	1
1. Teil	5
Das Normenkontrollverfahren in früheren Verwaltungsprozeßordnungen	5
A. Begriff der Normenkontrolle und ihre Arten	5
I. Eingrenzung des Begriffs	5
II. Arten der prinzipialen Normenkontrolle	6
1. die konkrete (mittelbare) prinzipiale Normenkontrolle	7
2. Die abstrakte (unmittelbare) prinzipiale Normenkontrolle	8
a) Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG iVm §§ 90, 95 Abs. 3 BVerfGG	8
b) Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b GG iVm § 91 BVerfGG	8
c) Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG iVm § 13 Nr. 6, §§ 76 - 79 BVerfGG	9
d) § 47 VwGO	9
B. Das Normenkontrollverfahren im Verwaltungsprozeß- recht bis zur Wiedererrichtung der Verwaltungsge- richtsbarkeit im Jahre 1945	10
I. Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit	10
II. Die Entwicklung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle	12
C. Das Normenkontrollverfahren im Verwaltungsprozeß- recht bis zum Erlaß der Verwaltungsgerichtsordnung im Jahre 1960	16

	<u>Seite</u>
2. Teil	25
Das Normenkontrollverfahren nach der Verwaltungsgerichtsordnung	25
A. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen gem. § 47 VwGO	25
I. Nach der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960	25
II. Nach der Fassung ab 1. Januar 1977	29
B. Die Probleme der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gem. § 47 VwGO	33
I. Die Statthaftigkeit des verwaltungsgericht- lichen Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO und die Ausdehnung über Art. 19 Abs. 4 GG	33
1. Der Rechtszustand nach der alten Fassung des § 47 VwGO	33
a) Allgemeines	33
b) Die unterschiedlichen Rechtsschutz- möglichkeiten in den einzelnen Bun- desländern	34
2. Der Rechtszustand nach der Neufassung	36
a) Die Statthaftigkeit gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO	36
b) Die Statthaftigkeit gem. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO	37
c) Die im Rahmen der Statthaftigkeit zu treffende Auswahl	38
d) Die Statthaftigkeit der Normenkontrol- le über Art. 19 Abs. 4 GG	44
aa) Meinungsstand	45
bb) Eigene Stellungnahme	46

	<u>Seite</u>
II. Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle als Rechtsbeanstandungs- und/oder Rechtsschutzverfahren	64
1. Meinungsstand	66
2. Eigene Stellungnahme	67
a) Allgemeine Überlegungen	68
b) Die Allgemeinverbindlichkeit der Normenkontrollentscheidung	71
c) Das Rechtsschutzbedürfnis im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren	74
d) Der vorläufige Rechtsschutz	77
e) Andere Gesichtspunkte	78
f) Ergebnis	81
III. Die Grenze des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens über § 40 VwGO	83
1. Allgemeines	83
2. Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle als öffentlich-rechtliche Streitigkeit oder Erweiterung des Verwaltungsweges?	84
3. Die Abgrenzung zu anderen Gerichtsbarkeiten	88
IV. Das Verhältnis zu anderen Normenkontrollverfahren unter Berücksichtigung des Vorbehalts der verfassungsgerichtlichen Kontrolle	95
1. Allgemeines	95
2. Die abstrakte und konkrete Betrachtungsweise	97
a) Der Anwendungsbereich der Vorbehaltsklausel gem. § 47 Abs. 3 VwGO	99
b) Der Inhalt der neu gefaßten Vorbehaltsklausel	103

	<u>Seite</u>
3. Das Verhältnis zwischen § 47 Abs. 3 VwGO und Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG	111
4. Das Verhältnis zwischen § 47 VwGO und § 90 BVerfGG	113
5. Die Vorbehaltsklausel als Zulässigkeits- oder Begründetheitsprüfung	117
6. Zusammenfassung	120
 V. Deutung und Einordnung der verwaltungsgericht- lichen Normenkontrolle	 121
1. Gesetzgebung oder Rechtsprechung?	121
2. Verfassungs- oder Verwaltungsgerichts- barkeit?	126
a) Meinungsstand	127
b) Eigene Stellungnahme	130
3. Anfechtungs- oder Feststellungsverfahren?	137
a) Meinungsstand	137
b) Eigene Stellungnahme	138
4. Normenkontrolle durch Feststellungsklage?	141
5. Die Anfechtbarkeit der gerichtlichen Ent- scheidung	141
a) Meinungsstand	143
b) Eigene Stellungnahme	145
6. Unmittelbar geltendes Recht oder nur Rahmenvorschriften?	152
7. Die sonstige verfahrensrechtliche Ausge- staltung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens	155
 VI. Die Antragsbefugnis im Rahmen des § 47 VwGO	 167
1. Der Umfang der Nachprüfung	167

	<u>Seite</u>
2. Die Antragsberechtigten im Rahmen des § 47 VwGO	175
a) Die natürlichen und juristischen Personen	175
b) Die Antragsbefugnis der natürlichen und juristischen Personen	177
aa) Meinungsstand	177
bb) Stellungnahme	183
c) Die Antragsberechtigung der Behörden	196
aa) Die Bedeutung der behördlichen Antragsberechtigung	196
bb) Die Auslegung des Behördenbe- griffs	199
cc) Die Kollision der behördlichen Antragsbefugnis mit einem bestehen- den Weisungsrecht	207
dd) Die gerichtliche Antragsbefug- nis	210
ee) Das Rechtsschutzbedürfnis bei der behördlichen Antragsberechtigung	213
 VII. Die zu überprüfende Norm	 217
1. Die Gültigkeit der Rechtsnorm	217
2. Der Zeitpunkt des Erlasses	222
a) Die Statthaftigkeit einer Normen- erlaßklage	223
b) Die Statthaftigkeit einer vorbeu- genden Normenkontrolle	227
 VIII. Der vorläufige Rechtsschutz	 232
1. Der Zeitpunkt des Erlasses der einst- weiligen Anordnung	234
a) Meinungsstand	235
b) Stellungnahme	236

	<u>Seite</u>
2. Die Beteiligten im Verfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO	241
a) Antragsteller	241
b) Antragsgegner	242
3. Die in § 47 Abs. 7 VwGO normierten materiellen Voraussetzungen	244
a) Die Heranziehung des § 32 BVerfGG	244
b) Die Heranziehung des § 123 VwGO	247
c) Die Auslegung der Tatbestandsmerk- male des § 47 Abs. 7 VwGO	249
4. Die Wirkung der stattgebenden Entschei- dung im einstweiligen Anordnungsverfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO	257
a) Meinungsstand	257
b) Stellungnahme	258
5. Der Suspensiveffekt im einstweiligen Anordnungsverfahren	263
6. Ergebnis	264
 IX. Die durch die Neufassung des § 47 VwGO neu entstandenen Probleme	 265
1. Die Aussetzung des Normenkontrollver- fahrens gem. § 47 Abs. 4 VwGO	265
a) Die Identität des Streitgegenstan- des und der Anfechtungsbeteiligten	267
b) Die Bedeutung der Formulierung "bei einem Verfassungsgericht"	269
c) Die analoge Anwendung des § 47 Abs. 4 VwGO	270
d) Kriterien der Ermessensentscheidung	273
2. Die Vorlage an das Bundesverwaltungsge- richt gem. § 47 Abs. 5 VwGO	276
a) § 47 VwGO revisibles Recht?	276
b) Die Zulässigkeit einer Vorlage gem. § 47 Abs. 5 VwGO	277
c) Die Form der Interpretationsentschei- dung des Bundesverwaltungsgerichts	284

	<u>Seite</u>
3. Der Inhalt und die Wirkung der Normenkontrollentscheidung	287
4. Die Überprüfung von Verwaltungsverordnungen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren	293
5. Die Befristung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollantrages	296
Schlußbetrachtung	300

Die Probleme der verwaltungsgerichtlichen
Normenkontrolle unter besonderer Berücksich-
tigung der Neufassung des § 47 der Verwaltungs-
gerichtsordnung

E i n l e i t u n g

Vor den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit können die Betroffenen mit Hilfe der Rechtsgestaltungs-, Leistungs- und Feststellungsklagen ihre Rechte klären lassen, soweit es sich um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art handelt, die nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind (vgl. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die Arten des Rechtsschutzes richten sich dabei regelmäßig nach den konkreten Entscheidungsformen der Verwaltung.

In früheren Zeiten bestand das Verwaltungshandeln in erster Linie in der Eingriffsverwaltung. Aus diesem Grunde gab es den Rechtsschutz insbesondere gegen die Akte der Eingriffsverwaltung. Die klassische Klageart vor dem Verwaltungsgericht war daher die Anfechtungsklage, mit der die Aufhebung eines rechtswidrigen Hoheitsaktes durch Urteilsspruch begehrt wurde. Ihrem Wesen nach ist sie eine Gestaltungsklage.

Zwar kam und kommt der Anfechtungsklage im Verwaltungsprozeß besondere Bedeutung zu, doch veränderte sich die Beziehung zwischen Bürger und Verwaltung in der Folge in einem hohen Maße. Nicht nur der Staat (Verwaltung) konnte in die Belange des Bürgers eingreifen, indem er von

ihm bestimmte Leistungen verlangte, sondern auch der Staat (Verwaltung) konnte, bedingt durch öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlagen, durch den Bürger verpflichtet werden. Neben die Eingriffsverwaltung war die Leistungsverwaltung getreten, in deren Anwendungsbereich die Verpflichtungsklage, eine Leistungsklage (Verurteilungsklage), fällt. Mehr noch, die Statistiken der Verwaltungsgerichte weisen aus, daß die Zahl der anhängigen Verpflichtungsklagen die der Anfechtungsklagen längst überstiegen hat. Denn die Verpflichtungsklage deckt nicht nur den weiten Bereich sozialer Leistungen, letztlich resultierend aus dem verfassungsrechtlich niedergelegten Sozialstaatsprinzip, ab. Mit ihr will der Bürger zudem die Verwaltung zu einer Amtshandlung veranlassen, nämlich dort, wo er zur Aufnahme einer bestimmten Tätigkeit die behördliche Zustimmung benötigt.

Neben diesen typischen Klagearten kennt der Verwaltungsprozeß noch andere Klagearten, wie die allgemeine Leistungsklage oder die Feststellungsklage, die jedoch, im übrigen prozessual unterschiedlich ausgestaltet, zum Teil nachrangig sind und dementsprechend nicht so häufig auftreten.

Im Laufe der letzten Jahre hat sich das Verhältnis Verwaltung/Bürger gewandelt. Die vielfältigen komplexen Verwaltungsentscheidungen, wie bei langfristigen Infrastrukturplanungen, Industrieansiedlungen zur Schaffung von Arbeitsplätzen, Ausbau des Straßennetzes bedingt durch immer stärkeres Verkehrsaufkommen, Regelungen im Bereich des Hochschulrechts aufgrund steigen-

der Studentenzahlen, Sanierungen im Rahmen der Städtebauförderung u.a., erforderten wiederum die Entwicklung ergänzender Rechtsschutzformen für den Bürger gegenüber dieser neuen vordringenden Form des Verwaltungshandelns. Dieses Bedürfnis eines Rechtsschutzes ergab sich zum einen daraus, daß Gesetze im materiellen Sinne von einer Vielzahl von Verwaltungsorganen erlassen werden konnten und geringeren Anforderungen ausgesetzt waren, als Gesetze im formellen und materiellen Sinne.¹⁾ Zum anderen schnellte der Erlass solcher Rechtsvorschriften sprunghaft in die Höhe, was nicht weiter verwundert, denn die Verwaltung stand und steht in dem Zwang, ihre Aufgaben für die Allgemeinheit zu erfüllen, bedarf aber aufgrund der Rechtsstaatsgarantie des Art. 20 GG bei belastenden Maßnahmen einer Ermächtigungsgrundlage.

So kam es zur Einführung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gegenüber untergesetzliche Rechtsvorschriften.

Nun glaubte man, die richterliche Kontrollmacht und die Eigenständigkeit der Verwaltung richtig ausgelotet sowie einen umfassenden Rechtsschutz des Bürgers gesichert zu haben. Doch wie bei jeder Reform war die Begeisterung schnell verflacht. In Rechtsprechung und Literatur bildeten

¹⁾ Es sollten hier die rein formellen Gesetze ausgeklammert werden, wie etwa der Haushaltsplan, dessen Aufstellung naturgemäß keinen großen Schwierigkeiten unterworfen ist.

sich die unterschiedlichsten Meinungen und Probleme heraus. So bestanden beispielsweise Zweifel hinsichtlich der prozessualen Möglichkeiten.¹⁾

Bis heute ist streitig, was unter öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG zu verstehen ist,²⁾ und in diesem Rahmen wird auch das Verhältnis der Gewalten zueinander berührt.³⁾ Schließlich wurde die Frage aufgeworfen, ob gegen Normen überhaupt Rechtsschutz zu gewähren sei; es entstand der Begriff der "grauen Rechtsschutz-zonen."⁴⁾

Diese wenigen Beispiele zeigen, wie lebhaft sich die Diskussion um die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle entzündet hat. Sie hat mit dazu beigetragen, daß der Gesetzgeber den § 47 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO - neu faßte. Sind damit die Diskussionen verstummt, die Probleme beseitigt?

Die folgenden Ausführungen sollen die Problemkreise der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle darstellen, zum einen, wie sie vor der Neufassung des § 47 VwGO zum 1. Januar 1977 bestanden und zum anderen, welche weiter bestehen bzw. neu geschaffen worden sind. Ferner sollen rechtspolitische Vorschläge Lösungsmöglichkeiten aufzeigen.

¹ vgl. Maurer, S. 275; Renck, JuS 1967, S. 547 ff.; BVerwG, DÖV 1965, S. 169; BVerwG, DÖV 1974, S. 426

² vgl. Redeker/v. Oertzen, § 47 Rdnr. 3 m.w.N.

³ vgl. Renck, BayVBl. 1979, S. 262

⁴ vgl. Rupp, JZ 1965, S. 370; Renck, JuS 1966, S. 273

1. Teil

Das Normenkontrollverfahren in früheren Verwaltungsprozeßordnungen-----

A. Der Begriff der Normenkontrolle und ihre Arten

I. Eingrenzung des Begriffs

Wenn von Normenkontrolle die Rede ist, geht es um eine Reihe von Begriffen, welche die unterschiedliche Terminologie deutlich macht:¹⁾

"abstrakte", "konkrete" und "inzidente" Normenkontrolle,²⁾ "nachträgliche" und "ursprüngliche" Kontrolle,³⁾ "selbständige" und "unselbständige" Normenkontrolle⁴⁾ sowie "autonome" oder "gekoppelte" Prinzipalkontrolle.⁵⁾

Es soll nun nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein, neue Begriffe in die Diskussion einzuführen. Vielmehr ist es das Anliegen der Untersuchung, die uneinheitliche Terminologie ausgehend von den Begriffen Inzident- und Prinzipalkontrolle zu entflechten.⁶⁾

¹ vgl. Ule, AöR 82, S. 123 FN 2;
Renck, JuS 1966, S. 273;

² so jedenfalls ohne nähere Begründung der größte Teil der Literatur

³ vgl. Renck, DÖV 1964, S. 5; ders., JuS 1966, S. 273 FN 1

⁴ vgl. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 86

⁵ vgl. Wilken, Diss., S. 5 FN 3

⁶ Freilich werden gelegentlich schon diese Begriffe nicht genau gebraucht, vgl. zuletzt Stürer, Städte- und Gemeinderat 1979, S. 109 ff. "Inzidenter Kontrolle durch Normenkontrollantrag gegen einen Bebauungsplan nach § 47 VwGO"

Normenkontrolle ist die gerichtliche Überprüfung der Gültigkeit von Rechtsvorschriften. Diese kann einmal darin bestehen, daß bei einer Klage gegen eine Maßnahme der Verwaltung in Vollziehung einer Norm festgestellt wird, ob für den Vollzugsakt eine gültige, d.h. rechtmäßige Rechtsgrundlage vorhanden ist. In diesem Falle spricht man von einer inzidenten Normenkontrolle.¹⁾

Die Entscheidung hat unmittelbare rechtliche Bedeutung nur für den betreffenden Einzelfall.

Dagegen handelt es sich um eine prinzipale Normenkontrolle, wenn in dem gerichtlichen Verfahren ausschließlich über die Gültigkeit einer Rechtsvorschrift entschieden wird.

Insoweit erscheint es sinnvoll, diese beiden Begriffe gegenüberzustellen.²⁾ Eine Differenzierung gibt es dann nur noch bei den "Unterbegriffen", die allerdings nur bei der prinzipalen Normenkontrolle denkbar sind.

II. Arten der prinzipalen Normenkontrolle

Um welchen Unterbegriff es sich handelt, hängt davon ab, ob im Zuge eines anhängigen Rechtsstreits ausschließlich über die Gültigkeit der Norm entschieden wird, diese Entscheidung aber auf ein anderes Gericht übertragen wird oder ob losgelöst von einem konkreten Rechtsstreit ebenfalls ausschließlich über die Normgültigkeit judiziert wird.

¹ BVerfGE 31, S. 364; BVerwGE 30, S. 292

² Renck, JuS 1966, S. 273

1. Die konkrete (mittelbare) prinzipiale Normen- kontrolle ---

Die konkrete prinzipiale Normenkontrolle entwickelt sich aus einem anderen Rechtsanwendungsverfahren und verselbständigt eine dort auftretende Inzidentfrage; ihr Musterfall ist der des Art. 100 Abs. 1 GG.¹⁾

Nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG hat jedes Gericht das Recht und gleichzeitig auch die Pflicht zur Vorlage an das Verfassungsgericht (Bundes- oder Landesverfassungsgericht), wenn es in einem anhängigen Verfahren um die Anwendung eines Gesetzes im formellen Sinne geht und das Gericht diese Rechtsnorm für grundgesetzwidrig hält. In einem solchen Falle wird die Normprüfung im Verfahren vor dem Verfassungsgericht verselbständigt. Dies gilt allerdings nur für die nachkonstitutionellen formellen Gesetze.²⁾ Die Vereinbarkeit des vorkonstitutionellen Rechts mit dem Grundgesetz prüfen die Gerichte selbst.³⁾

Weiter besteht nach Art. 100 Abs. 1 Satz 2 GG das Vorlagerecht bzw. die Vorlagepflicht, wenn es sich um die Verletzung des Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz handelt.

¹ vgl. Renck, BayVBl. 1979, S. 231

² vgl. BVerfGE 1, S. 184; 2, S. 124; 3, S. 48; 4, S. 431; 9, S. 46; 11, S. 127; 11, S. 259

³ vgl. aber die Landesverfassungen. In Baden-Württemberg, Bayern und Hamburg besteht die Vorlagepflicht auch für vorkonstitutionelle Gesetze und in Bayern, Bremen, Hamburg und Hessen sogar für Rechtsverordnungen. Wolff I, § 28 II 2 b; Wolff/Bachof III, § 165 Rdnr. 5

2. Die abstrakte (unmittelbare) prinzipale Normenkontrolle

Im Gegensatz dazu ist dieser Anwendungsfall der prinzipalen Normenkontrolle unabhängig von einem konkreten Rechtsanwendungsfall; die Normprüfung ist sofort (ursprünglich) ein eigenständiges Verfahren.

a) Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG iVm §§ 90, 95 Abs. 3 BVerfGG

Das ist der Fall bei der Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG iVm §§ 90, 95 Abs. 3 BVerfGG, soweit der Beschwerdeführer gegenwärtig und unmittelbar durch einen für rechtswidrig gehaltenen Rechtssatz betroffen ist.¹⁾ Allerdings wird man eine konkrete prinzipale Normenkontrolle annehmen, wenn die vorgenannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Gem. § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des - zulässigen - Rechtsweges erhoben werden.

b) Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b iVm § 91 BVerfGG

Danach können Gemeinden und Gemeindeverbände wegen Verletzung der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG durch ein Gesetz des Bundes oder des Landes Verfassungsbeschwerde erheben.

¹ vgl. § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG

- c) Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG iVm § 13 Nr. 6,
§§ 76-79 BVerfGG-----

Ein weiterer Anwendungsfall der abstrakten Prinzipalkontrolle ist die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG iVm § 13 Nr. 6, §§ 76- 79 BVerfGG, wonach durch das Bundesverfassungsgericht die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit dem Grundgesetz und ferner die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht geprüft werden kann. Die Antragsberechtigung liegt nur - und darin besteht die Besonderheit - bei der Bundesregierung, einer Landesregierung oder einem Drittel der Mitglieder des Bundestages.¹⁾

- d) § 47 VwGO

Schließlich die abstrakte Prinzipalkontrolle gem. § 47 VwGO, deren Problemkreise den Mittelpunkt dieser Untersuchung bilden sollen. Da im Verwaltungsprozeß keine anderen Prinzipalkontrollen geregelt sind, wird auch hier der feste Terminus "verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle" gebraucht.

¹ vgl. Art. 98 S. 4 der Bayerischen Verfassung iVm Art. 53 Abs. 1 S. 1 Bayerisches Verfassungsgerichtshofgesetz, wonach auch der einzelne Bürger im Bereich der Landesverfassungsgerichtsbarkeit den Antrag stellen kann. Im übrigen vgl. für die Landesverfassungsgerichtsbarkeit die übrigen Landesverfassungen, Nachweis bei Wolff/Bachof III, § 165 Rdnr. 9

- B. Das Normenkontrollverfahren im Verwaltungsprozeßrecht bis zur Wiedererrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Jahre 1945

I. Die Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die Forderung nach einer besonderen Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts ist auf dem Boden realer politischer Machtkämpfe entstanden. Sie ist eines der letzten Glieder in der Kette jener großen geistigen Bewegung der Mitte des vorigen Jahrhunderts, die auf eine grundsätzliche Änderung des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger im Sinne einer Befreiung des einzelnen von den Fesseln einer übermächtigen Staatsgewalt gerichtet war und die unter dem Schlagwort "Liberalismus" in der politischen Geschichte fortlebt. Im engeren Sinne gehört sie in jenen Kreis von Ideen und Meinungen, die ihren Mittelpunkt in dem Gedanken des Rechtsstaates gefunden haben.

Zwar hatte bereits im allgemeinen Landrecht von 1784 der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in der Vorschrift des § 85 der Einleitung seinen Niederschlag gefunden, doch fehlte für die Durchführung dieses Grundsatzes das erforderliche Instrumentarium. Dafür mußten Organe vorhanden sein, welche nur dem Gesetz unterworfen waren, in voller Unabhängigkeit von den Zielen und Bestrebungen der aktiven Verwaltung über Streitigkeiten bei der Auslegung von Verwaltungsgesetzen zu entscheiden hatten in einem Verfahren, das den Beteiligten ein Recht auf Gehör und maßgebende Mitwirkung sicherte und mit einer begründeten Entscheidung schloß.

Dementsprechend ist die Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit noch relativ jung, denn sie begann in Deutschland erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, und zwar im Jahre 1863 in Baden mit der Errichtung des Verwaltungsgerichtshofes. Es dauerte 11 Jahre, ehe Preußen im Jahre 1874 diesem Beispiel folgte.¹⁾

Jedoch war die Ausübung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die außerdem in den einzelnen Ländern eine unterschiedliche Regelung erfuhr, nicht nur der dritten Gewalt vorbehalten. Einerseits waren die der Verwaltung angehörenden Beschlußorgane, in denen der Behördenleiter häufig den Vorsitz hatte,²⁾ andererseits die unabhängigen Verwaltungsgerichtshöfe bzw. Obergerverwaltungsgerichte zuständig. Im Gegensatz zur heute geltenden verwaltungsgerichtlichen Generalklausel kam aufgrund des Enumerationsprinzips - sieht man von der Generalklausel für Anfechtungsklagen gegen Polizeiverfügungen ab - eine Verwaltungsklage³⁾ nur dann in Betracht, wenn dieses gesetzlich vorgesehen war.⁴⁾ In erster Linie handelte es sich dabei um Klagen, denen obrigkeitliche Verfügungen

¹⁾ weiter Württemberg 1876, Bayern 1878, Braunschweig 1895, Sachsen 1900, Oldenburg 1906, Hessen 1911, Hamburg 1921, Bremen 1924.

²⁾ Bis in die neueste Zeit waren so noch die Oberversicherungsämter organisiert. Sie wurden deshalb nach 1949 nicht mehr als Gerichte anerkannt. Ihre rechtsprechenden Funktionen haben 1953 die Sozialgerichte übernommen.

³⁾ Dieser Terminus wurde deshalb gewählt, um die soeben beschriebene unterschiedliche Zuständigkeit zu unterstreichen.

⁴⁾ so z.B. in Preußen bis 1945

und Anordnungen zugrunde lagen.¹⁾ Wie bereits ausgeführt,²⁾ betrafen diese Fälle die typische Beziehung zwischen Bürger und Verwaltung.

Auch während der Weimarer Zeit trat kein grundlegender Wandel ein. Zwar forderte Art. 107 Weimarer Verfassung Verwaltungsgerichte zum Schutz des Einzelnen gegen Maßnahmen der Verwaltungsbehörden. Doch führte dieser Programmsatz noch nicht zu einem allgemeinen Verwaltungsrechtsschutz.

Ein großer Rückwärtsschritt wurde dann in der Zeit von 1933 - 1945 getan. Im Jahre 1936 schaffte man in Hamburg die Generalklausel ab.³⁾ Maßnahmen der Geheimen Staatspolizei unterlagen nunmehr nicht mehr der Kontrolle der Verwaltungsgerichte. Schließlich wurden die Verwaltungsgerichte dadurch zur Bedeutungslosigkeit verurteilt, daß durch Erlass vom 28.8.1939 die Anrufung der Verwaltungsgerichte von der Zulassung des Verwaltungsgerichtsverfahrens durch die erlassende Behörde abhängig gemacht wurde.

II..Die Entwicklung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle

Es liegt auf der Hand, daß jedenfalls in der Zeit der Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle noch längst nicht ihren Platz haben konnte. Dieses ist noch verständlicher, wenn man bedenkt,

¹ vgl. z.B. § 50 Preußisches Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30.7.1883, § 9 Braunschweigisches Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24.3.1895.

² vgl. Einleitung S. 1/2

³ Mit dem Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 2.11.1921 führte Hamburg als erstes deutsches Land die Generalklausel und die Unabhängigkeit der VGe aller Instanzen ein.

daß eine abstrakte Prinzipalkontrolle überhaupt nicht geregelt war. Dementsprechend sah auch die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16.4.1871 eine Regelung zur Kontrolle von Rechtsnormen am Maßstab der Verfassung nicht vor. Art. 106 der Preußischen Verfassung vom 31.1.1850 enthielt sogar ein ausdrückliches Prüfungsverbot. Dieses Prüfungsverbot wurde mit der Lehre von der Gewaltenteilung begründet, die die organisatorische Trennung der drei Gewalten als Voraussetzung der politischen Freiheit und zum Schutze des Staatsbürgers vor einem Mißbrauch der in einer Hand vereinten Staatsgewalt forderte. Diese Lehre war einfach noch zu jung und als Errungenschaft demokratischer Funktionsfähigkeit all zu sehr in das Bewußtsein weiter Kreise eingeprägt, als daß mögliche Entflechtungen dieser Lehre ins Kalkül gezogen worden wären.¹⁾

Erstmals enthielt die Weimarer Verfassung vom 11.8.1919 eine in der Verfassung geregelte abstrakte Prinzipalkontrolle. Gem. Art. 13 Abs. 2 der Verfassung war die Frage der Vereinbarkeit einer Landesrechtsnorm mit dem einfachen Reichsrecht unmittelbar Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung. Jedoch waren nur das Reichsgericht,²⁾

¹ Heute gibt es eine Reihe von Beispielen, wie sich die einzelnen Gewalten in ihrer Tätigkeit überschneiden. Z.B. die Rechtsetzungsbefugnis der Verwaltung oder im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

² Gem. § 1 des Gesetzes zur Ausführung des Art. 13 Abs. 2 der Verfassung des Deutschen Reichs vom 8.4.1920

das Reichsschiedsgericht¹⁾ und der Reichsfinanzhof²⁾ für eine solche abstrakte Prinzipalkontrolle zuständig. Die Bedeutung dieser Normenkontrolle wurde aber dadurch geschmälert, daß nur oberste Reichs- und Landesbehörden antragsberechtigt waren.

Angesichts dieser Entwicklung schien erst recht die abstrakte Feststellung der Gesetzwidrigkeit einer untergesetzlichen Rechtsvorschrift in weite Ferne gerückt. Doch gab es bereits vor der Weimarer Verfassung in geringem Umfange Anfänge einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle. Als Beispiel ist das Badische Wassergesetz vom 12.4.1913 zu nennen. Nach § 120 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes entschied der Badische Verwaltungsgerichtshof über die Gültigkeit bestimmter bezirks- und ortspolizeilicher Vorschriften, sofern in diesen die gesetzlichen Bestimmungen über die Wasserverteilung nach dem Badischen Wassergesetz nicht beachtet worden waren. Klagebefugt waren nur die durch diese polizeilichen Vorschriften berührten Personen, während Klagegegner die die Norm erlassende Polizeibehörde war. Nur wenn die Rechtsvorschrift nicht im amtlichen Verkündungsblatt veröffentlicht worden war, konnte die Klage unbefristet erhoben werden. Ansonsten galt eine Notfrist von einem Monat vom Tage der Veröffentlichung an gerechnet.³⁾

¹ Das hing mit §§ 6 und 7 des Gesetzes zur Sicherung einer einheitlichen Regelung der Beamtensoldung - Besoldungssperregezet - vom 21.12.1920 zusammen, wonach bis zur Errichtung des Reichsverwaltungsgerichts ein besonderes Reichsschiedsgericht mit der Entscheidung über die Vereinbarkeit von landesrechtlichen Besoldungsvorschriften mit diesem Reichsgesetz beauftragt war.

² Aufgrund des § 6 Abs. 1 des Finanzausgleichsgesetzes vom 23.1.1923 löste der Reichsfinanzhof in steuerrechtlichen Fragen das Reichsgericht in der Kompetenz ab.

³ vgl. Wiener, Das Badische Wasserrecht, § 120 Anm. 4, S. 206; Wolfram, S. 17

Aufgrund dieser kurzen Klagefrist, konnte dieser Normenkontrolle sicherlich keine überragende Bedeutung zukommen, denn in aller Regel war die Frist abgelaufen, ehe dem Bürger der Inhalt der betreffenden Rechtsvorschrift bewußt geworden war, selbst wenn man den örtlich begrenzten Geltungsbereich berücksichtigt.

Zwar konnte sich der einzelne Bürger dann immer noch im Rahmen eines konkreten Einzelverfahrens bei Anwendung der Rechtsvorschrift wehren. Doch blieb diese bestehen und führte so zu vielen unnötigen Einzelprozessen.

Sieht man einmal von der vorgenannten Regelung ab, so führte die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle bis zum Ausgang des zweiten Weltkrieges nicht einmal ein Schattendasein. Sekundär mag die fehlende Kodifikation des Verwaltungsprozeßrechts dafür eine Ursache gewesen sein. Doch sei der primäre Grund noch einmal genannt:¹⁾

Der Zwiespalt lag darin begründet, daß das Gewaltenteilungsprinzip eine fast unüberwindbare Schranke darstellte. Einerseits sollten die verfassungsrechtlich abgegrenzten Funktionen der Gesetzgebung nicht beschnitten werden, andererseits bestand seitens des Bürgers das Bedürfnis, der Legislative nicht schutzlos ausgeliefert zu sein. In der Folge bleibt auch zu untersuchen, inwieweit die Einführung einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle vorstehenden Zielen gerecht werden konnte.

¹ vgl. S. 13

C. Das Normenkontrollverfahren im Verwaltungsprozeß-
recht bis zum Erlaß der Verwaltungsgerichtsordnung
im Jahre 1960

Nach dem Zusammenbruch im Jahre 1945 wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeit wiedererrichtet. Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten wurde allerdings in verschiedenen Gesetzen geregelt.¹⁾ Einheitlich gingen die verschiedenen Verwaltungsprozeßordnungen davon aus, daß der Verwaltungsrechtsweg nun für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten eröffnet war. Als Verfahrensarten waren die Anfechtungssachen und die anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts, die in den süddeutschen Ländern als "Parteistreitigkeiten" bezeichnet wurden, zugelassen. Die Einführung dieser Generalklausel für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten erlangte - wie noch zu zeigen sein wird - auch für die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle eine Bedeutung. Darüber hinaus herrschte aber in diesen Fällen über Begriff, Gegenstand und das Verfahren im einzelnen keine Klarheit, die auch nicht durch Rechtsprechung und Literatur herbeigeführt werden konnte.

Lediglich in den Ländern der amerikanischen Besatzungszone, also in Bremen, Hessen, Baden-Württemberg und Bayern wurde durch die Verwaltungsgerichtsgesetze die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle eingeführt. Im Geltungsbereich

¹ In den Ländern Hamburg, Schleswig-Holstein, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen, die der britischen Zone angehörten, galt die Militärregierungsverordnung Nr. 156 - MRVO 165 -. Für die Länder der amerikanischen Zone, also Bremen, Hessen, Baden-Württemberg und Bayern, waren die Gesetze über die Verwaltungsgerichtsbarkeit maßgebend. Rheinland-Pfalz hatte ein eigenes Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht regelte schließlich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht.

der Verordnung Nr. 165 der Militär-Regierung Deutschland - Britisches Kontrollgebiet - MRVO 165 - , des rheinland-pfälzischen Verwaltungsgerichtsgesetzes und des Berliner Verwaltungsgerichtsgesetzes war sie entsprechend dem früheren Recht nicht zulässig.¹⁾ In diesen Ländern wollte der Gesetzgeber dieses Prüfungsrecht einem noch zu schaffenden höchsten Gerichtshof vorbehalten.²⁾

Die Einführung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle in den süddeutschen Ländern als einzige grundlegende Abweichung gegenüber den ansonsten weitgehend deckungsgleichen Prozeßordnungen der anderen Länder war im wesentlichen auf den Einfluß Walter Jellineks zurückzuführen. Jellinek führte den von der amerikanischen Militärregierung eingesetzten Ausschuß zur Erarbeitung eines "Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit".³⁾ Gerade mit der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle hatte sich Jellinek bereits über 20 Jahre intensiv beschäftigt, und er trat für einen Rechtsschutz gegenüber drohenden, aber vorläufig noch nicht erlassenen Verwaltungsakten ein, indem er anhand von praktischen Fällen das Bedürfnis für die Schaffung dieses Instituts aufzeigte.⁴⁾

¹ vgl. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 86; Klinger, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, S. 57 FN 21; HessVGH, DÖV 1949, S. 460 Nr. 17; OVG Münster, DVBl. 1950, S. 346

² vgl. v. Werder/Labs/Ortmann, § 1 Abs. 2 Anm. 3 b, S. 27

³ vgl. Jellinek, DReZ 1948, S. 269

⁴ vgl. Jellinek, VVDStRL Heft 2, S. 60; Wolfram, S. 18/19

Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle war in § 25 VGG geregelt. § 25 lautete:

- (1) Im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte entscheidet der Verwaltungsgerichtshof auf Antrag durch Beschluß über die Gültigkeit einer Verordnung oder einer sonstigen, im Range unter dem Gesetz stehenden Rechtsvorschrift. Den Antrag kann eine Behörde sowie jedermann stellen, der durch Anwendung der Rechtsvorschrift in absehbarer Zeit eine Benachteiligung zu gewärtigen hat.
- (2) Die Entscheidung ist allgemein verbindlich. Sie ist öffentlich bekannt zu machen.
- (3) Das Nähere wird durch Verordnung bestimmt.

Führt man sich noch einmal die zähe Entwicklung der abstrakten Prinzipalkontrolle vor Augen, so wurde mit der Regelung des § 25 VGG der Grundstein zur Überprüfung untergesetzlicher Rechtsvorschriften gelegt. Die Regelung des § 25 VGG ging weit über die bisherigen Möglichkeiten hinaus. Sie bezweckte materiell die Feststellung einer Überschreitung des dem Gesetzgeber¹⁾ durch andere Normen gezogenen Rahmens seiner Befugnis und formell die Beseitigung des Übergriffs im Wege des Richterspruchs.²⁾

¹ Angesprochen ist hier der Normengeber der Normen im Range unter dem Gesetz.

² vgl. Dreher, NJW 1951, S. 377

Insoweit entsprach die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle der Tätigkeit der Verfassungsgerichte, die u.a. in der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze bestand. Ein weiterer Bezug ließ sich in diesem Zusammenhang zu der früheren Stellung des Reichsgerichts¹⁾ bei Prüfung der Vereinbarkeit von Reichs- und Landesrecht nach Art. 13 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung feststellen.²⁾ Der Vorteil der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle bestand in der Durchführung eines einfach geregelten Beschlußverfahrens. Angesichts der Tatsache, daß hier nur untergesetzliche - zahlenmäßig und vom Umfang her überschaubare - Normen, in der Regel von minderer Bedeutung, tangiert waren, bestanden seinerzeit gegen die vereinfachte Durchführung keine Bedenken.

Voraussetzung für einen Antrag nach § 25 VGG war, daß der Antragsteller durch die unterhalb der Gesetzesstufe stehende Rechtsvorschrift in absehbarer Zeit eine Benachteiligung zu gewärtigen hatte. Die Benachteiligung mußte solcher Art sein, daß sie ihrerseits zur sachlichen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte - gleich welcher Stufe - gehörten, also eine Anfechtungssache oder Parteistreitigkeit darstellte.³⁾

Nach dem Wortlaut des § 25 VGG konnten Gegenstand der Normenkontrolle nur Verordnungen oder sonstige im Range unter dem Gesetz stehenden Rechtsvor-

¹ vgl. S. 13

² Die Ähnlichkeit mit der reichsgerichtlichen Regelung war damals bereits ein Grund, dafür zu plädieren, das Prüfungsrecht der Verfassungsgerichtsbarkeit vorzubehalten.

³ vgl. § 22 Abs. 1 Satz 1 VGG

schriften sein.¹⁾ Aber auch Verwaltungsanweisungen konnten Gegenstand der Normprüfung sein, wenn sie sich wie Rechtssätze auswirkten,²⁾ soweit sie keine zivilrechtlichen Folgen auslösten.³⁾

Bei der Überprüfung gem. § 25 VGG ergab sich dann ein Problem, wenn Fragen übergebietlichen Rechts zur Klärung anstanden, insbesondere dann, wenn ein die Normenkontrolle ausübendes Gericht eines süddeutschen Landes durch seine Entscheidung etwa ein Gericht der britischen Zone, das nur im konkreten Fall zu entscheiden hatte, binden wollte.⁴⁾ Insoweit war es auch folgerichtig, daß die Normenprüfung auf solche Rechtssätze beschränkt blieb, die von den Behörden des Landes erlassen waren, dessen Verwaltungsgerichte diese Kontrolle ausübten.

Auch für die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle forderte man das Vorhandensein eines Rechtsschutzbedürfnisses, so daß ein Antragsrecht desjenigen nicht in Betracht kam, der durch die Anwendung der von ihm angegriffenen Norm nur einen Vorteil zu gewärtigen hatte.⁵⁾ Sicher fehlte auch dann das Rechtsschutzbedürfnis, wenn eine Behörde die Überprüfung einer ihrer Verfügungsgewalt unterliegenden Norm beantragte.

¹ Ob auch Rechtsverordnungen im formellen Sinne dazu gehörten, war höchst umstritten.
vgl. Schack, DÖV 1958, S. 273 m.w.N.

² vgl. Bad.-Württ.VGH, DÖV 1950, S. 314. Das ergibt sich im Umkehrschluß auch aus Eyermann/ Fröhler, VGG, § 25 zu Abs. 1 I 2 b bb a.

³ vgl. Bad.-Württ.VGH, DVBl. 1950, S. 573

⁴ Schoen, S. 26

⁵ vgl. HessVGH, DÖV 1949, S. 460;
Bad.-Württ.VGH, DVBl. 1950, S. 573

Ansonsten wurde der unbestimmte Rechtsbegriff der "Benachteiligung" weit ausgelegt.¹⁾ So reichte jede drohende Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses des Antragstellers aus. Die Benachteiligung mußte mit hinreichender Gewißheit alsbald zu erwarten sein, so daß ein Antrag bei vorsichtiger Prüfung der Sach- und Rechtslage zur Zeit bereits als angebracht erschien.²⁾

Das mußte auch so sein, denn man hätte die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle bei einer engen Auslegung des Begriffes "Benachteiligung" ad absurdum geführt. Die "alsbaldige Benachteiligung" brachte hier eine zeitliche Abgrenzung zur Anfechtungsklage, so daß ein Antrag auf Normenkontrolle nur dann zulässig sein konnte, wenn die Benachteiligung noch nicht eingetreten war. Dieses hatte aber im Interesse des Antragstellers nicht dann zu gelten, wenn der belastende Verwaltungsakt nach Antragstellung erlassen wurde. Es würde dann in der Hand der erlassenden Behörde gelegen haben, die Unzulässigkeit des Antrags durch Erlaß des belastenden Verwaltungsakts herbeizuführen.³⁾

Allerdings war die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtshöfe in den einzelnen Ländern zur oben angeführten "alsbaldigen Benachteiligung" unterschiedlich. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof verneinte

¹ vgl. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 92; Eyermann/Fröhler, VGG, § 25 zu Abs. 1 II 2 a bb

² vgl. Menger, a.a.O.; Eyermann/Fröhler, a.a.O.

³ vgl. Eyermann/Fröhler, a.a.O.

- wie vor bereits dargestellt - das Rechtsschutzbedürfnis, wenn aufgrund einer Rechtsvorschrift ein Verwaltungsakt erlassen worden sei und der Adressat dadurch die Möglichkeit erhalten habe, die Rechtsgültigkeit der Rechtsvorschrift im Wege der Anfechtungsklage - inzident - prüfen zu lassen.¹⁾

Dagegen vertrat der Baden-Württembergische Verwaltungsgerichtshof die Auffassung, das Gesetz stelle nur Mindestanforderungen für eine Antragstellung auf, so daß ein Antrag auf Normenprüfung auch schon dann gestellt werden könne, wenn eine Benachteiligung bereits eingetreten sei.²⁾

Schließlich konnte ein Rechtsschutzbedürfnis³⁾ auch noch bestehen, wenn nach Stellung des Antrags durch die Behörde die Rechtsnorm aufgehoben wurde und die antragstellende Behörde den Fall nach altem Recht zu entscheiden hatte.⁴⁾

¹ VerwRspr. 4, S. 516 (520), Nr. 108

²

VerwRspr. 6, S. 598, Nr. 136

³ Die Begriffe Rechtsschutzbedürfnis und - interesse werden hier synonym gebraucht, denn sie gehen ineinander über, insbesondere unter Berücksichtigung des § 25 Abs. 1 S. 2 VGG.

Vgl. im übrigen die Definitionen bei Creifelds, Rechtswörterbuch, 1978, S. 923 und Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 31 I 3 A, 934

⁴ vgl. Eyermann/Fröhler, VGG, § 25 zu Abs. 1 II 2 a aa; a.A. HessVGH, DÖV 1949, S. 437

Das leuchtet ein, denn bei gegenteiliger Auffassung hätte man hier dem Antragsteller den "Rechtsschutz" abgeschnitten, obwohl die Interessenlage keine andere war, als wenn die alte Rechtsnorm noch in Kraft gewesen wäre.

Hinsichtlich der Antragsberechtigung traten angesichts der Regelung des § 25 Abs. 1 VGG, insbesondere bei weiter Auslegung des Behördenbegriffs,¹⁾ keine besonderen Probleme auf. Sämtliche staatlichen und kommunalen Verwaltungsbehörden, einschließlich der Behörden der Körperschaften des öffentlichen Rechts und alle Gerichtsbehörden der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Ausnahme des Verwaltungsgerichtshofes waren antragsberechtigt. Als Antragsgegner kamen stets der Staat oder diejenige öffentlich-rechtliche Körperschaft in Betracht, deren Organ die zu prüfende Rechtsvorschrift erlassen hatte. Ein Wechsel trat dann ein, wenn im Falle der Änderung der Zuständigkeit während des Verfahrens die Verfügungsgewalt über die Aufrechterhaltung der Vorschrift auf eine andere Körperschaft überging.²⁾

Gem. § 25 Abs. 2 VGG erging die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes allgemeinverbindlich. Sie war öffentlich bekannt zu machen, auch wenn dem Antrag nicht stattgegeben wurde. Das bedeutete, daß die Entscheidung für jedermann

¹ vgl. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 92; Eyermann/Fröhler, a.a.O.

² Menger, a.a.O., S. 94; Bad.-Württ.VGH, DÖV 1952, S. 123

verbindlich war, also für alle Staatsorgane und Zivilpersonen.¹⁾

Um dieses Ziel zu verwirklichen, mußte der Beschluß ebenso und an der gleichen Stelle veröffentlicht werden, wie die ihm zugrundeliegende Rechtsnorm.

Was den Inhalt der Entscheidung anbelangte, so gingen die Verwaltungsgerichtshöfe manchmal mit grammatischer und semantischer Kleinarbeit zu Werke, indem auch einzelne Worte einer Rechtsnorm für ungültig erklärt wurden, wenn trotz deren Streichung die Vorschrift im übrigen einen Sinn behielt und kein Zweifel daran bestand, daß das rechtsetzende Organ sie auch ohne diese Worte aufrecht erhalten wollte.²⁾

Die nur kurze Geschichte der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle und ihre nur in einem Teil der Bundesrepublik Deutschland mögliche Anwendung zeigt bereits, welche Probleme dieses Verfahren aufwirft. Sie lassen schon vermuten, daß auch in Zukunft die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle einen breiten Raum einnehmen wird.

¹ a.A. van Huse, § 25 Anm. 6, soweit sich die Bindung auch auf die ordentlichen Gerichte bezieht. Der klare Gesetzeswortlaut und Gründe der Rechtssicherheit stehen dieser Meinung aber entgegen.

² Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 94

2. Teil

Das Normenkontrollverfahren nach der Verwaltungs- gerichtsordnung

A. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen gem. § 47 VwGO

I. Nach der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960

Mit der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (BGBl. I. S. 17) - VwGO - wurde die Möglichkeit geschaffen, die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle bundesweit auszudehnen.¹⁾

Auf den ersten Blick betrachtet schien nun endlich dem Bedürfnis des Bürgers in den anderen Ländern nach einem umfassenden Rechtsschutz Rechnung getragen zu sein.²⁾

Und doch war die Lösung hiermit nicht gegeben. Zum einen konnte sich die Neuregelung in den Ländern des Geltungsbereiches des bisherigen § 25 VGG als ein Schritt zurück erweisen. Denn der Landesgesetzgeber hätte entgegen der bisherigen feststehenden Regelung des § 25 VGG, der also unmittelbare Gesetzeskraft besaß, untätig bleiben können, was zu einer Reduzierung des bisherigen räumlichen Geltungsbereiches der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle geführt hätte.³⁾

¹ vgl. S. 16/17 FN 1: Bisher nur die Länder Baden-Württemberg, Bayern, Bremen und Hessen.

² Mit "Rechtsschutz" ist hier lediglich der Anspruch des Bürgers gegen den Staat ganz allgemein gemeint. Auf den Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren wird noch später einzugehen sein.

³ Nachdem sich die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle in den süddeutschen Ländern bewährt hatte, wurde sie auch nach dem Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung von den Landesgesetzgebern eingeführt. Vgl. Baden-Württemberg, § 5 AGVwGO vom 22.3.1960 (GVBl. S. 94), Bayern, Art. 10 AGVwGO vom 28.11.1960 (GVBl. S. 266), Bremen, Art. 7 AGVwGO vom 15.3.1960 (GVBl. S. 25), Hessen, § 11 AGVwGO vom 6.2.1962 (GVBl. S. 13). Hinzu kamen Schleswig-Holstein, § 5 a AGVwGO in der geänderten Fassung vom 11.2.1961 und Niedersachsen, § 6 a AGVwGO in der geänderten Fassung vom 28.5.1976.

Zum anderen hätte sich der Rückwärtsschritt auch daraus ergeben können, daß § 47 VwGO gegenüber der Regelung des § 25 VGG strengere Anforderungen stellte und somit den sachlichen Anwendungsbereich der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle weitgehend einschränkte. Die Antwort auf diese Frage gibt ein Vergleich beider Vorschriften, womit auch gleichzeitig die möglicherweise abgeänderten Voraussetzungen für die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle gem. § 47 VwGO festgestellt sind.¹⁾

Zunächst kann festgehalten werden, daß § 47 VwGO in seinem Kern mit dem Inhalt des § 25 VGG übereinstimmte.

Im Gegensatz zu § 25 VGG beschränkte § 47 VwGO den Umfang der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle ausdrücklich auf die landesrechtlichen Verordnungen und andere im Range unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschriften und dies auch nur soweit, als nicht die Zuständigkeit des Verfassungsgerichts gegeben war. Somit entschied sich der Gesetzgeber für die schon bislang herrschende Meinung.²⁾

Der verfassungsgerichtliche Vorbehalt in § 47 VwGO bewirkte schließlich, daß Kollisionen, wie sie beispielsweise früher durch widersprechende Entscheidungen bei einer Verfassungsbeschwerde möglich waren, auch bei landesgesetzlichen Vorschriften

¹ An dieser Stelle soll lediglich eine summarische Prüfung angestellt werden, um nicht schon jetzt den einzelnen Problemkreisen vorzugreifen.

² vgl. Schunck/De Clerck, § 47 Anm. 2 a m.w.N.

ten nicht mehr eintraten.¹⁾

Was nun im einzelnen die landesrechtlichen Verordnungen und die anderen im Range unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften anbelangte, so ergab sich keine Änderung.²⁾

Dagegen hatte die Antragsbefugnis in § 47 VwGO eine andere Ausgestaltung erfahren. Die Änderung lag aber nicht darin begründet, daß im Gegensatz zu § 25 Abs. 1 Satz 2 VGG statt "jedermann" nur natürliche oder juristische Personen als Antragsteller zugelassen wurden, denn der Personenkreis wurde durch diese Formulierung nicht eingeschränkt. Auch blieb es hinsichtlich des Behördenbegriffes bei der weiten Auslegung.³⁾

Der wesentliche Unterschied ergab sich aber aus der Neuregelung durch die Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle auch für den Fall, als der Nachteil bereits eingetreten war. Insoweit war die zu § 25 VGG umstrittene Frage nunmehr ausgeräumt.⁴⁾

¹ Aus diesem Grunde ist es auch folgerichtig, daß im Gegensatz zu den ersten beiden Entwürfen zu einer Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes der letzte Entwurf eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht mehr vorsah, weil "Grundgesetz und das Bundesverfassungsgerichtsgesetz dem Bundesverfassungsgericht so weitgehende Aufgaben bei der Normenkontrolle einräumen, daß für eine Tätigkeit des Bundesverwaltungsgerichts kein nennenswerter Raum übrig bleibt."
vgl. BT-Drucks. 55, 3. Wahlperiode, S. 33

² vgl. insoweit die fast gleichlautenden Kommentierungen bei Eyermann/Fröhler, § 25 VGG und § 47 VwGO.

³ vgl. S. 23; Eyermann/Fröhler, § 47 VwGO Rdnr. 25; insbesondere Eyermann, Anmerkung zum Urteil des Bad.-Württ.VGH, DVBl. 1963, S. 399 ff. Bezüglich der Antragsberechtigung der Gerichte bestand jedoch weiter Streit.

⁴ vgl. S. 22

Obwohl der veränderte Satzaufbau in § 47 Satz 2 VwGO gegenüber dem in § 25 Abs. 1 Satz 2 VGG, insbesondere die dortige additive Verwendung "sowie" vor dem folgenden Relativsatz, den Schluß aufkommen lassen könnte, daß für Behörden der Eintritt oder die Befürchtung eines Nachteils nunmehr nicht mehr erforderlich sei, hat sich in dieser Hinsicht keine Änderung ergeben. Auch in § 25 Abs. 1 Satz 2 VGG bezog sich der - singulare - Relativsatz auf "jedermann". Die eindeutige Formulierung in § 47 Satz 2 VwGO läßt die vorstehenden Gedanken erst gar nicht aufkommen.

Schließlich kam einem Beschluß nach § 47 VwGO im Gegensatz zu § 25 VGG nur in dem Falle all-gemeinverbindliche Wirkung zu, in dem das Gericht die Ungültigkeit einer unter dem förmlichen Landesgesetz stehenden Rechtsvorschrift aussprach.

II. Nach der Fassung ab 1. Januar 1977

Durch das Gesetz zur Änderung verwaltungsprozessualer Vorschriften vom 24. August 1976,¹⁾ das am 1. Januar 1977 in Kraft trat,²⁾ wurde § 47 VwGO in einigen Punkten neu gefaßt. Somit folgte der Gesetzgeber der positiven Beurteilung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle durch die überaus herrschende Meinung.³⁾

Ziel der Neufassung war es insbesondere, den Rechtsschutz bei Verordnungen und Satzungen nach dem Bundesbaugesetz und dem Städtebauförderungsgesetz einheitlich auszugestalten sowie rechtzeitig zu verstärken und die bisherigen Auslegungszweifel zu beseitigen.⁴⁾

Gem. § 47 Abs. 1 VwGO entscheidet das Oberverwaltungsgericht im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit auf Antrag über die Gültigkeit

1. von Satzungen, die nach den Vorschriften des Bundesbaugesetzes und des Städtebauförderungsgesetzes erlassen worden sind, sowie von Rechtsverordnungen auf Grund des § 188 Abs. 2 des Bundesbaugesetzes und auf Grund des § 92 Abs. 2 des Städtebauförderungsgesetzes,
2. von anderen im Range unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, sofern das Landesrecht dies bestimmt.

¹ BGBl. I 2437

² vgl. Art. 6 des Gesetzes vom 24.8.1976

³ vgl. Meyer, Zehn Jahre VwGO 1970, S. 172 ff. (S. 178); Ule, DVBl. 1970, S. 228; Umbach, DVBl. 1971, S. 742; Redeker, NJW 1974, S. 1648; dagegen soweit ersichtlich Engelken, Zehn Jahre VwGO 1970, S. 182 ff. - Diskussionsbeitrag -

⁴ vgl. BR-Drucks. 533/75, S. 1/2

Damit beließ es der Gesetzgeber grundsätzlich bei der Möglichkeit für die Länder, ein Normenkontrollverfahren einzuführen. Wenn der Gesetzgeber nunmehr davon abweichend für Satzungen und Verordnungen auf Grund des Bundesbaugesetzes und des Städtebauförderungsgesetzes eine bundeseinheitliche verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle eingeführt hat, so liegt dieses zum einen darin begründet, daß der Gesetzgeber im Hinblick auf die erheblichen Verbesserungen der gemeindlichen Planungsrechte als Korrelat für den Bürger einen umfassenden und wirksamen Rechtsschutz schaffen wollte.¹⁾ Zum anderen ist nicht von der Hand zu weisen, daß sich der Gesetzgeber auch von der dem Regierungsentwurf beigefügten Statistik leiten ließ, wonach von den in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Bremen, Hessen und Schleswig-Holstein insgesamt 564 anhängig gewesenen Normenkontrollverfahren allein 304 Verfahren auf Bebauungspläne entfielen.²⁾

Auch sollte dem - prozessual motiviertem - Streit um den Rechtscharakter der Bebauungspläne der Boden entzogen werden.

Grundlegend neu und offensichtlich wegen der nicht zugelassenen Revision ein Kompromiß des Gesetzgebers ist die Vorlagepflicht des Oberverwaltungsgerichts an das Bundesverwaltungsgericht in den in § 47 Abs. 5 Nr. 1 und 2 genannten Fällen. Da diese Fälle im Kern mit denen in § 131 Abs. 2 Nr. 1 und 2, § 132 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VwGO übereinstimmen, wird auf die dort gewonnenen Erkenntnisse zurückgegriffen werden können.

Von besonderer Bedeutung ist die Zulassung der einstweiligen Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO, die - bis auf die Voraussetzung "zum gemeinen Wohl" dringend geboten - dem § 32 Abs. 1

¹⁾ vgl. Bericht der Abgeordneten Gnädinger und Thürk, BT-Drucks. 775492, S. 3

²⁾ vgl. BR-Drucks. 533/75, S. 6/15

BVerfGG nachgebildet ist.¹⁾ Im Gegensatz zu § 32 BVerfGG ist die Regelung in § 47 Abs. 7 VwGO allerdings recht knapp gehalten, so daß sich Fragen nach dem Inhalt und Verfahren der einstweiligen Anordnung stellen.

Eine Fülle von Streitfragen warf bislang die Vorbehaltsklausel in § 47 S. 1 a.F. VwGO auf. Nunmehr hat der Gesetzgeber den verfassungsgerichtlichen Vorbehalt, der sich in der alten Fassung sowohl auf Bundes- als auch auf Landesrecht bezog, in Abs. 1 der neuen Fassung gestrichen und ihn in § 47 Abs. 3 VwGO auf die Nachprüfbarkeit durch das Landesverfassungsgericht beschränkt. Folgerichtig ist daher auch in § 47 Abs. 4 VwGO die Aussetzung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens neu geregelt, wenn ein Verfahren zur Überprüfung der Gültigkeit der Rechtsvorschrift bei einem Verfassungsgericht anhängig ist.

Die Möglichkeit der Aussetzung des Verfahrens bis zur Erledigung des Verfahrens vor dem Verfassungsgericht gem. § 47 Abs. 4 VwGO schien dem Gesetzgeber angesichts der Regelung des § 94 VwGO und der weiteren Frage, ob auch eine Norm ein Rechtsverhältnis im Sinne dieser Vorschrift ist, erforderlich.

Ansonsten zielte die Neufassung des § 47 VwGO, wie auch die bereits genannten Änderungen darauf, verfahrensrechtliche Zweifelsfragen auszuschalten. Gem. § 47 Abs. 2 Satz 2 VwGO ist der Antrag gegen die Körperschaft, Anstalt oder Stiftung zu richten, welche die Rechtsvorschrift erlassen hat. Damit wird klargestellt, wer Antragsgegner ist.

¹ vgl. Kopp, NJW 1976, S. 1961 (1965);
Meyer-Ladewig, DVBl. 1976, S. 210

Neu ist die Möglichkeit in § 47 Abs. 2 Satz 3 VwGO, daß das Gericht dem Land und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, deren Zuständigkeit durch die Rechtsvorschrift berührt wird, Gelegenheit zur Äußerung binnen einer zu bestimmenden Frist geben kann.

Weiter enthält § 47 Abs. 6 VwGO die Regelung, daß die Rechtsvorschrift bei Ungültigkeit für nichtig zu erklären ist und die Entscheidungsformel vom Antragsgegner ebenso zu veröffentlichen ist, wie die Rechtsvorschrift bekanntzumachen wäre. Damit sind Inhalt und Wirkung der Normenkontrollentscheidung angesprochen. Der Gesetzeswortlaut scheint jedenfalls für eine deklaratorische und nicht für eine konstitutive Wirkung zu sprechen.

Wichtig ist letztlich noch die entsprechende Anwendung des § 183 VwGO durch die Verweisung in § 47 Abs. 6 Satz 3 VwGO. Dieser Verweisung kommt eine große praktische Bedeutung zu.

Die Änderungen bzw. Ergänzungen des § 47 VwGO erscheinen auf den ersten Blick umfangreich und geben zu der Hoffnung Anlaß, daß die bisherigen Streitfragen ausgeräumt wurden, zumal dieses - wie die amtlichen Begründungen zeigen¹⁾ - mit ein Hauptanliegen des Gesetzgebers war.

Indes konnten die Vorstellungen des Gesetzgebers nur teilweise ihr Ziel erreichen. Wie noch zu zeigen sein wird, sind zwar einige Probleme beseitigt, doch bestehen andere nach wie vor fort. Darüber hinaus sind durch die Neufassung neue Probleme hinzugekommen.

¹ vgl. BR-Drucks. 533/75, S. 1/2

B. Die Probleme der verwaltungsgerichtlichen
Normenkontrolle gem. § 47 VwGO

I. Die Statthaftigkeit des verwaltungsgerichtlichen
Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO und die
Ausdehnung über Art. 19 Abs. 4 GG

1. Der Rechtszustand nach der alten Fassung des
§ 47 VwGO

a) Allgemeines

Zur Zeit der Geltung des § 25 VGG wurde gelegentlich die Frage aufgeworfen, ob nicht in den Bundesländern außerhalb des Geltungsbereichs des Verwaltungsgerichtsgesetzes die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle einzuführen sei.¹⁾ Eine Möglichkeit sah man darin begründet, daß § 25 VGG im Wege der Analogie auch in den anderen Bundesländern anzuwenden sei, wenn in deren Prozeßordnungen eine nicht beabsichtigte Lücke vorlag, die entsprechend hätte ausgefüllt werden können.²⁾ Da die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle jedoch in das Bundesverwaltungsgerichtsgesetz, in das Verwaltungsgerichtsgesetz Rheinland-Pfalz, in das Verwaltungsgerichtsgesetz Berlin und in die Militärregierungsverordnung 165 bewußt nicht aufgenommen wurde,³⁾ schied eine entsprechende Anwendung des § 25 VGG von vornherein aus.

¹ vgl. Bergmann, VerwArch 51, S. 36 ff.

² Zur Analogie im Verwaltungsprozeß vgl. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 68 ff. m.w.N.

³ vgl. Klinger, Kommentar zur MRVO 165, S. 57/58, FN 21; Bergmann, a.a.O., S. 37. Unter Bezug auf Peters/Sautter/Wolff, Kommentar zum Sozialgerichtsgesetz 1953, § 51 Anm. 7 b leitet Bergmann dieses zusätzlich aus der Streichung der ursprünglich in den Entwürfen zum Sozialgerichtsgesetz vorgesehenen abstrakten Normenkontrolle ab.

Eine andere - und damit die einzige - Möglichkeit, hier zu einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle zu kommen, hätte sich somit nur noch anhand höherrangigen Rechts ableiten lassen. Diesen Weg schien Art. 19 Abs. 4 GG zu weisen. Gem. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG steht jedem, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, der Rechtsweg offen. Jedoch ist bestritten, ob Art. 19 Abs. 4 GG gewissermaßen als Generalklausel dahingehend auszulegen ist, daß sich dem Bürger in den Ländern, in denen die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nicht eingeführt wurde, hier ein Weg eröffnet. In diesen Rahmen fällt zudem die Frage, ob es sich auch bei Rechtsetzungsakten um Ausübung "öffentlicher Gewalt" handelt. Im übrigen spielen hier auch noch prozeßrechtliche Fragen eine Rolle.

b) Die unterschiedlichen Rechtsschutzmöglichkeiten
in den einzelnen Bundesländern-----

Das Vorhandensein unterschiedlicher gesetzlicher Regelungen in den Bundesländern oder die Regelung einzelner Materien einerseits und entsprechende Lücken andererseits liegen in der Natur eines föderativen Staatsaufbaus begründet und können daher grundsätzlich keinen Bedenken begegnen. Denn die landesspezifischen Motivationen, die den Landesgesetzgeber zur Aktivität veranlassen oder aber nicht, sind viel zu mannigfaltig.

Ob nun die in einigen Bundesländern unterbliebene Einführung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle so ohne weiteres mit landesspezifischen Gesichtspunkten abgetan werden kann, erscheint zumindest zweifelhaft. Zum einen hält die Diskussion über die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle seit 1945 mit steter Steigung an und die in den süddeutschen Ländern gemachten Erfahrungen wurden als "sehr günstig" bezeichnet.¹⁾

Zum anderen brachte § 47 VwGO lediglich die Länder Schleswig-Holstein und Niedersachsen dazu, die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle einzuführen.²⁾

Auffallend ist weiter, daß die Mehrheit der Bevölkerung die Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollklage nicht hatte. Angesichts der dicht besiedelten Räume und der hohen Einwohnerzahlen wird eine Begründung, es bestehe wegen fehlender Anwendungsmöglichkeiten kein Bedürfnis zur Einführung, nicht durchschlagend sein. Insoweit wird hier gelegentlich das Gleichheitsgebot des Art. 3 GG zitiert.³⁾

Es bleibt abzuwarten, ob sich in diesem Rahmen Ansatzpunkte für die breite Einführung einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle finden lassen.

¹ vgl. BT-Drucks. I/4278, S. 36

² vgl. S. 25 FN 3. Bei dieser Gelegenheit ist darauf hinzuweisen, daß angesichts der im Bundesgebiet einmaligen Zuständigkeit eines Oberverwaltungsgerichts für zwei Bundesländer in der Zeit von 1961 - 1976 eine unterschiedliche Normenkontrollpraxis bestand.

³ vgl. Siemer, S. 19 FN 53
ferner Blümel, DÖV 1965, S. 297; Bartlsperger, DVBl. 1967, S. 360; Menger, Die Grundrechte Bd. III/2, S. 717, 739 ff.

2. Der Rechtszustand nach der Neufassung

a) Die Statthaftigkeit gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO

Die bereits in früherer Zeit erhobene Forderung, die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle bundesweit einzuführen und die in diesem Zusammenhang unternommenen Lösungsversuche,¹⁾ haben ihren Niederschlag in § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gefunden, wonach für die dort genannten Satzungen und Rechtsverordnungen in allen Bundesländern die Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle besteht. Grundgedanke für diese Novellierung war nicht nur das Streben nach Rechtseinheit, sondern vor allem sollte ein verbesserter Planungsrechtsschutz gewährt werden. Gerade auf diesem Gebiet wurde das Bedürfnis, den gerichtlichen Schutz gegen Planungen effektiver zu gestalten, stets herausgestellt,²⁾ was sich letztlich auch durch Zahlen belegen ließ.³⁾

Ob nun die generelle Eignung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens zur Plankontrolle der Zielsetzung des Gesetzgebers gerecht wird, bleibt abzuwarten und ist bei den anderen Problemkreisen zu untersuchen. Jedenfalls hat auch die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle in der Prozeßordnung eine bestimmte Stellung, durch die die Grenzen ihrer Verwendbarkeit gezogen werden und somit auch das Maß ihrer Elastizität gegenüber neuen Anforderungen bestimmt wird.

¹ vgl. S. 29

² Meyer-Ladewig, DVBl. 1976, S. 205 m.w.N.;
Schenke, NJW 1978, S. 671 FN.6

³ vgl. S. 30

b) Die Statthaftigkeit gem. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO

Mag nun ein wesentlicher Teilbereich unter dem Landesgesetz stehender Rechtsnormen vom Wortlaut des Gesetzes bundesweit abgedeckt sein, so darf die Bedeutung der anderen Rechtsvorschriften im Sinne von § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO nicht unterschätzt werden. Denn die Gesetzgebung hat in Umfang und Tempo so zugenommen, daß sie in Wissenschaft und Praxis nur noch mit Mühe zu verfolgen ist. Dieses hat seine Ursache insbesondere darin, daß über eine lange Zeit der Umfang der Verwaltungskontrolle durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit fast ausschließlich auf das "allgemeine Gewaltverhältnis" zwischen Staat und Bürger beschränkt war, während die "besonderen Gewaltverhältnisse" stets als rechtsfreier Raum angesehen wurden.¹⁾ Da nunmehr zunehmend die Ansicht vertreten wird, daß generell innerhalb des Verhältnisses Staat - Bürger der rechtsfreie Raum zu verkleinern ist,²⁾ bestand und besteht hier immer noch ein erheblicher Nachholbedarf, um dem Bürger seine persönliche Rechtsstellung zu bewahren.³⁾ Man mag diesen Zustand gutheißen oder nicht, er stellt jedenfalls eine Herausforderung dar, der sich Wissenschaft und Praxis gleichermaßen stellen müssen.

Es liegt nach alledem auf der Hand, daß sich die Beziehungen zwischen Bürger und Staat nicht nur im Bau- und Bodenrecht, sondern auch in vielen anderen Teilbereichen bewegen, in denen es ebenso zu konträren Standpunkten kommt oder kommen kann.

¹ vgl. Achterberg, DÖV 1979, S. 739 (740)

² vgl. Rupp/Geck, S. 22

³ vgl. OVG Münster, NJW 1976, S. 725 ff.; Evers, JUS 1978, S. 804 ff. m.w.N.; zuletzt Niehues, DVB1. 1980, S. 465 ff.

So war die Bundesregierung in jüngster Zeit für eine Überprüfung eingetreten, ob nicht durch bundesgesetzliche Regelung die Möglichkeit geschaffen werden sollte, in allen Ländern die Gültigkeit der Festsetzung von Höchstzahlen für Studienbewerber im Wege der Normenkontrolle rechtzeitig gerichtlich nachprüfen zu lassen.¹⁾ Gleichgelagerte Rechtspositionen bestehen im Schul-, Beamten-, Wege-, Wasser-, Abgaben- und Gemeinderecht²⁾ sowie im Strafvollzug. Folglich sind in diesen Bereichen zahlreiche Regelungen getroffen worden.

c) Die im Rahmen der Statthaftigkeit zu treffende Auswahl

Nunmehr stellt sich die Frage, inwieweit diese Regelungen der Normenkontrolle unterliegen. Die Statthaftigkeit des Normenkontrollantrags setzt voraus, daß dieser sich auf eine kontrollfähige Rechtsvorschrift und eine ebensolche Maßstabnorm bezieht. Das Erfordernis der Statthaftigkeit des Normenkontrollantrags besitzt insofern eine Selektionsfunktion, als aus der Fülle der Hoheitsakte eine verfahrens- und sachgerechte Auswahl zu treffen ist.³⁾ Als solche Hoheitsakte kommen Rechtsverordnungen (unter Einschluß mitunter als solcher bezeichneter Sonderverordnungen⁴⁾), recht-

¹ Begründung zum Regierungsentwurf eines Hochschulrahmengesetzes - BT-Drucks. 7/1328 - zu § 30 S. 56; Stellungnahme der Bundesregierung zum Bundesratsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung, BT-Drucks. 7/1058, S. 6

² vgl. BR-Drucks. 533/75 - Übersicht - S. 75

³ Achterberg, VerwArch 1981, S. 169

⁴ vgl. Wolff I, § 25 VII, VIII

setzende Vereinbarungen, Satzungen, Verwaltungsverordnungen, Verwaltungsakte und innerdienstliche Weisungen in Betracht.¹⁾ Grundsätzlich unterliegen die letztgenannten Hoheitsakte, nämlich die Verwaltungsverordnungen, Verwaltungsakte und innerdienstlichen Weisungen, nicht der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, weil teils die abstrakt-generelle Regelung, teils die Außenwirkung fehlt. Neben diesen inhaltlichen Unterschieden zu den Rechtsverordnungen und Satzungen, als die typischen der Normenkontrolle unterliegenden Rechtsvorschriften, sind aber auch noch formelle Unterschiede möglich.²⁾

Inwieweit formdivergierende Maßnahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle unterliegen ist umstritten.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, daß nicht die äußere Form des Hoheitsaktes, sondern nur dessen Inhalt entscheidend sein könne.³⁾

Selbst wenn der Gesetzgeber ausdrücklich die Verordnungsform vorgeschrieben habe - sog. Rechtsverordnung im formellen Sinne⁴⁾ -, so könne auch nicht aus der Form und Art der Bekanntmachung auf eine Rechtsnorm geschlossen werden, wenn die materielle Prüfung des Hoheitsaktes etwas anderes ergebe.

¹ vgl. die Aufzählung bei Redeker/v. Oertzen, § 47 Rdnr. 12 ff. Hinzu kommt gleichstehendes Gewohnheitsrecht.

² z.B. Formvorschriften für Polizeiverordnungen vgl. Wolff I, § 25

³ vgl. König, DVBl. 1963, S. 83; Schack, DÖV 1958, S. 276; Schweiger, DÖV 1955, S. 360; v. Engelhardt, S. 40 ff.

⁴ vgl. Schack, a.a.O.; BayVGH, BayVBl. 1956, S. 121 ff. mit Anmerkung von Obermayer; Neumann, S. 42 ff, 71 ff, 100 ff.

Demgegenüber wird von anderer Seite ausschließlich auf die äußere Form - beispielsweise die Fassung eines Hoheitsaktes in Paragraphen bzw. Artikeln oder die Art der Verkündung - abgestellt.¹⁾

Danach unterliege eine der Form nach als Verordnungsordnung ergangene konkret-individuelle Regelung der Normenkontrolle. Nach dieser Ansicht komme es nur bei Mehrdeutigkeit der äußeren Form auf den Inhalt an, wobei dem "Antragsteller" die Wahl zwischen der Anfechtungsklage und dem Normenkontrollantrag gelassen wird.²⁾

Neuerdings wird die Meinung vertreten, daß für sämtliche Fälle formdivergierender Maßnahmen die Statthaftigkeit der Normenkontrolle anzuerkennen sei, mag sich eine Regelung aus formellen oder aus materiellen Gründen als Rechtsvorschrift erweisen.³⁾ Somit sei der Normenkontrollantrag statthaft, wenn der Hoheitsakt

- a) in der Form des Verwaltungsaktes, aber mit dem Inhalt einer Rechtsverordnung,
- b) in der Form der Rechtsverordnung, aber mit dem Inhalt eines Verwaltungsaktes,
- c) in der Form der Verwaltungsverordnung, aber mit dem Inhalt einer Rechtsverordnung und
- d) in der Form der Rechtsverordnung, aber mit dem Inhalt einer Verwaltungsverordnung

erlassen wird.

¹ vgl. Kopp, § 47 Rdnr. 13; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 237 ff., Wolff/Bachof III, § 165 Rdnr. 13

² vgl. Kopp, a.a.O.

³ vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 170/171

Lösung dieses Problems:

Zunächst kann festgestellt werden, daß sich die unterschiedlichen Meinungen bezüglich formdivergierender Maßnahmen auf dem Boden des bayerischen Kommunalrechts entwickelt haben.¹⁾ Dabei handelt es sich aber keineswegs um ein auf lediglich ein Bundesland beschränktes Einzelproblem. Denn gleichfalls tritt diese Frage im Genehmigungsverfahren gemeindlicher Satzungen²⁾ oder bei behördlichen Mitwirkungsakten in sonstigen Rechtsetzungsverfahren autonomer Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts³⁾ auf. Insoweit besteht hier ein Bedürfnis, diese Streitfrage einer praktikablen Lösung zuzuführen.

Ausgangspunkt sollte die letztgenannte Meinung⁴⁾ sein, wonach für sämtliche Fälle formdivergierender Maßnahmen die Statthaftigkeit der Normenkontrolle anzuerkennen ist, mag sich eine Regelung aus formellen oder aus materiellen Gründen als Rechtsvorschrift erweisen. Dies insbesondere auch schon deshalb, weil diese Ansicht davon ausgeht, den Rechtsschutz des Bürgers⁵⁾ möglichst nicht zu verkürzen. Letzteres verlangt es daher auch,

¹ vgl. Werner, BayVBl. 1976, S. 705 ff.; Widtmann, BayVBl. 1980, S. 328 ff.

² vgl. OVG Lüneburg, OVGE 6, S. 392: Während gegenüber der Gemeinde ein Verwaltungsakt vorliegt, stellt sich die Genehmigung gegenüber den Einwohnern der Gemeinde als Rechtsnorm dar.

³ vgl. Menger, VerwArch 52 (1961), S. 410 ff. (411)

⁴ Ganz abgesehen davon, daß mit dieser Meinung alle Fallgruppen erschlossen werden.

⁵ An dieser Stelle soll noch nicht dem Charakter des Normenkontrollverfahrens als Rechtsbeanstandungs- und/oder Rechtsschutzverfahren vorgegriffen werden.

auf das Konkurrenzverhältnis der beiden Verfahrensarten Anfechtungsklage und verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle zueinander einzugehen,¹⁾ weil die Meinung, die allein auf den materiellen Inhalt abstellt, sich im wesentlichen von dem Gedanken leiten läßt, daß bei entgegengesetzter Betrachtung der Hoheitsakt dem Anfechtungsverfahren gem. § 42 VwGO entzogen und somit der Rechtsschutz unzulässig beschränkt werde, insbesondere in den Ländern, die von der generellen Einführung der Normenkontrolle abgesehen haben. Dieser Ansicht kann jedoch nur dann ein Gewicht zukommen, wenn zwischen Anfechtungsklage und verwaltungsgerichtlicher Normenkontrolle ein alternatives Konkurrenzverhältnis besteht. Folglich würde der Hoheitsakt als Rechtsnorm nach der Form den Ausschluß der Qualifikation als Verwaltungsakt und damit des Anfechtungsverfahrens nach sich ziehen.²⁾

Indes wird bei den Rechtsverordnungen im formellen Sinne der Schritt in dieser Konsequenz nicht gezogen. So wird zugegeben, daß materielle Verwaltungsakte in Verordnungsform durchaus denkbar sind und tatsächlich auch vorkommen; es wird ihnen jedoch im Hinblick auf das Ordnungsverfahren die Verwaltungsakt-Qualität abgesprochen.³⁾

¹⁾ Dieses Konkurrenzverhältnis kann nur auftreten, wenn der Hoheitsakt in der Form der Rechtsverordnung, aber mit dem Inhalt eines Verwaltungsaktes ergeht.

²⁾ vgl. zum Konkurrenzverhältnis v. Engelhardt, S. 40 ff.

³⁾ vgl. Obermayer, DÖV 1954, S. 73; ders., DÖV 1955, S. 364 ff.

Ob man so das Anfechtungsverfahren ausschließen kann, erscheint zweifelhaft. Immerhin liegt nach dem materiellen Inhalt ein Verwaltungsakt vor, dessen Voraussetzungen nunmehr im Verwaltungsverfahrensgesetz (§35) kodifiziert sind. Die Anfechtungsklage könnte daher allenfalls mit Hilfe anderer Zulässigkeitsvoraussetzungen ausgeschaltet werden.

Im übrigen ist bei der Begründung auffallend, daß zum einen die Verschlechterung des Rechtsschutzes angeführt wird, wie Beschränkung auf eine Instanz im Normenkontrollverfahren, Ausschaltung des orts-näheren, auch mit ehrenamtlichen Richtern besetzten Verwaltungsgerichts, nur fakultative mündliche Verhandlung, keine aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO des Antrags, keine Möglichkeit einer Beiladung.¹⁾ Zum anderen werden zur Begründung auch Nachteile der Rechtssicherheit herangezogen, z.B. die fehlende Antragsfrist. Zunächst sollte festgestellt werden, daß es sich bei der letzten Gruppe im Umkehrschluß um die Vorteile des Normenkontrollverfahrens handelt, wenn beispielsweise der Antragsteller im Normenkontrollverfahren keiner Antragsfrist unterworfen ist. Des weiteren zieht der Ausbau des Rechtsschutzes notwendigerweise Nachteile für die Rechtssicherheit nach sich, denn die Bestands- und Rechtskraft von hoheitlichen Maßnahmen wird durch zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeiten weiter hinausgeschoben.

¹ vgl. zuletzt Widtmann, BayVBl. 1980, S. 330. Auf die Beiladung im Normenkontrollverfahren wird noch an späterer Stelle einzugehen sein.

Daher wird man in den Fällen, in denen die hoheitliche Maßnahme in der Form einer Rechtsverordnung, aber mit dem Inhalt eines Verwaltungsaktes ergeht, sowohl die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle gem. § 47 VwGO als auch die Anfechtungsklage gem. § 42 VwGO zulassen müssen. Allerdings sollte man nicht so weit gehen und in jedem Fall einen Hoheitsakt mit Doppelnatur¹⁾ annehmen. Vielmehr ist zu beachten, daß es sich bei den Verordnungen im formellen Sinne nur um Ausnahmen handelt, die es gebieten, dem Bürger einen umfassenden Rechtsschutz zu gewährleisten. Dann wäre auch einem eventuellen Formenmißbrauch des Landesgesetzgebers vorgebeugt, wenn er nämlich von der Ermächtigung des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO keinen Gebrauch gemacht hat und dem Betroffenen immer noch der Weg über die Anfechtungsklage verbleibt.²⁾

d) Die Statthaftigkeit der Normenkontrolle über
Art. 19 Abs. 4 GG-----

Brauchte man aufgrund des insoweit gewonnenen Ergebnisses bei den Rechtsverordnungen im formellen Sinne die Vorschrift des Art. 19 Abs. 4 GG noch nicht zu bemühen, so stellt sich nunmehr die Frage, ob ungeachtet ihrer fehlenden landesgesetz-

¹ vgl. Schweiger, DÖV 1955, S. 360

² vgl. dazu auch Werner, BayVBl. 1976, S. 705 ff. (709), der hier den Verwaltungsgerichten die Umdeutung in einen Verwaltungsakt überläßt.

lichen Einführung die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle auch für die Rechtsvorschriften iSv § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO über Art. 19 Abs. 4 GG, wonach der Rechtsweg gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt eröffnet ist, allgemein anzuerkennen ist.¹⁾ Diese Frage ist bis heute noch nicht abschließend geklärt. Zentrale Frage ist dabei, ob unter "öffentlicher Gewalt" iSd Art. 19 Abs. 4 GG auch Rechtsetzungsakte fallen.

aa) Meinungsstand:

- (1) Fast einmütig wurde über einen langen Zeitraum im Wege genetischer Auslegung unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte des Art. 19 Abs. 4 GG die Ansicht vertreten, daß man als Träger öffentlicher Gewalt ausschließlich Verwaltungsbehörden zu verstehen habe und daß als anfechtbares Verhalten nur ein Verwaltungsakt im technisch-spezifischen Sinne in Betracht komme.²⁾
- (2) Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen³⁾ zum Ausdruck gebracht, daß zur öffentlichen Gewalt iSv Art. 19 Abs. 4 GG nicht die Gesetzgebung gehöre. Zur Begründung wird angeführt, daß sich der Bürger traditionell nicht mit einer Klage unmittelbar gegen ein Gesetz an die Gerichte wenden könne. Mit dieser Tradition habe der Gesetzgeber nicht brechen wollen, anderenfalls hätte er dies eindeutig zum Ausdruck gebracht.

¹ vgl. S. 33/34: andere Möglichkeiten einer allgemeinen Einführung scheiden aus.

² vgl. insbesondere Klein, VVDStRL 8, S. 67 (78 ff, 107); weitere Nachweise bei Wilken, Diss., S. 94 FN 3; Maurer, S. 279 FN 13, 14

³ BVerfGE 24, S. 33 ff. (49); BVerfGE 24, S. 368 ff. (401); DVBl. 1971, S. 740

- (3) In zunehmendem Maße setzt sich in der letzten Zeit in der Literatur mit im einzelnen unterschiedlichen Begründungen die Auffassung durch, daß der Begriff der öffentlichen Gewalt auch auf die Rechtsetzungsakte zu erstrecken sei, die unmittelbar und ohne Zwischenschaltung eines besonderen Vollzugsaktes in die Rechtssphäre des Bürgers eingreifen.¹⁾

bb) Eigene Stellungnahme:

Der letzten Ansicht ist zu folgen.

Die engste Auffassung, wonach Art. 19 Abs. 4 GG nur für Verwaltungsakte gelten soll, kann aus vielfältigen Gründen keine Geltung beanspruchen. Zunächst läßt sich ein solches Ergebnis schon nicht im Wege der genetischen Interpretation finden, denn die amtlichen Begründungen geben zu dieser Frage keinen näheren Aufschluß.²⁾ Allerdings können die Rechtsetzungsakte nicht schon durch eine normvergleichende Betrachtung des Art. 19 Abs. 4 GG und § 90 Abs. 2 BVerfGG unter den Begriff "öffentliche Gewalt" eingeordnet werden.³⁾ Denn der Begriff der "öffentlichen Gewalt" in § 90 Abs. 2 BVerfGG ist weiter, weil er im Gegensatz zu Art. 19 Abs. 4 GG auch die Rechtsprechung erfaßt.⁴⁾ Des weiteren leuchten die von dieser Meinung angeführten Begründungen nicht ein. Ausgehend davon, daß Art. 19 Abs. 4 GG einen effektiven Rechtsschutz garantiert und somit das Ziel der Auslegung eine möglichst wirkungsvolle Abschirmung der In-

¹ vgl. Bachof, VVDStRL 18, S. 209 ff. (210); Bettermann, AöR 86, S. 152 ff.; Renck, JuS 1966, S. 273 (274); Obermayer, DVBl. 1965, S. 625 (628); Wilken, DVBl. 1969, S. 532; Blümel, DVBl. 1972, S. 124

² vgl. BT-Drucks. 3/1094, S. 2; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 17

³ so aber v. Mangoldt/Klein I, Art. 19 IV, S. 571

⁴ vgl. auch Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, § 90 BVerfGG Rdnr. 68

dividualsphäre sein muß,¹⁾ kann diese Bestimmung nicht vom Inhalt der zur Zeit des Erlasses des Grundgesetzes geltenden Landesverfassungen und Verwaltungsgerichtsgesetze restriktiv ausgelegt werden. Die überragende Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG würde bei einer solchen Betrachtungsweise völlig unterlaufen.

Im übrigen läßt sich mit der angegebenen Begründung eher umgekehrt argumentieren,²⁾ denn gerade weil Art. 19 Abs. 4 GG trotz der landesrechtlichen Regelungen nicht von Verwaltungsakten, gewissermaßen als Unterbegriff ausgeübter öffentlicher Gewalt, spricht, ist sein Inhalt weitreichender.

Letztlich ist auch vom Rang der Rechtsquellen und von Art. 31 GG her nicht einzusehen, daß Art. 19 Abs. 4 GG in Anlehnung an landesrechtliche Regelungen derart restriktiv auszulegen ist.³⁾

Auch mit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts läßt sich nicht überzeugend vertreten, daß öffentliche Gewalt iSd Art. 19 Abs. 4 GG nicht auch die rechtsetzende Gewalt sei. Zum einen ist es schon bedenklich, aus traditionellen Gründen eine Klage unmittelbar gegen ein Gesetz nicht zulassen zu wollen. Mit dieser Begründung könnte jeder Rechtsfortentwicklung Einhalt geboten werden und die Diskussion würde zur unmittelbaren Anfechtbarkeit von Rechtsetzungsakten auf den Stand des

¹⁾ vgl. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 12

²⁾ vgl. insoweit die zutreffenden Ausführungen von Maurer, S. 280

³⁾ Entscheidungshilfe kann hier auch der Begriff der staatlichen Gewalt iSv Art. 1 Abs. 2 Satz 2 GG sein, der sich auch nicht nur auf die vollziehende Gewalt erstreckt.

vorigen Jahrhunderts zurückgeworfen werden.¹⁾ Wie wenig sich jedoch das Bundesverfassungsgericht auf die Tradition stützen kann, ist vereinzelt in der Literatur²⁾ ausführlich und zutreffend dargelegt worden. So versteht Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG unter öffentlicher Gewalt auch die Rechtsetzung, zeigt bereits die Einführung der Verfassungsbeschwerde die Anpassung an die veränderte Rechtswirklichkeit, und schließlich dient Art. 19 Abs. 4 GG im Gegensatz zu den - nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts - abschließenden Regelungen der Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 und Art. 100 Abs. 1 GG dem Individualrechtsschutz.

Überdies ist es unzutreffend, wenn behauptet wird, das Bundesverfassungsgericht habe verneint, daß untergesetzliche Rechtsnormen nicht unter den Begriff der öffentlichen Gewalt iSd Art. 19 Abs. 4 GG fallen.³⁾ Vielmehr hat es diese Frage offengelassen.⁴⁾ Gerade hier liegt aber ein gewichtiger Ansatzpunkt, speziell diese Gesetzgebung zum Begriff der öffentlichen Gewalt iSd Art. 19 Abs. 4 GG zu rechnen. An der entscheidenden Stelle heißt es:

"Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach ausgesprochen, daß zur öffentlichen Gewalt iSd Art. 19 Abs. 4 GG nicht die Gesetzgebung gehört. Dabei ist nicht ausdrücklich entschieden worden, ob insoweit lediglich die formelle oder auch die materielle Gesetzgebung (einschließlich Gesetzesatzungen) gemeint ist."

Anknüpfend an diese Ausführungen lassen die

¹⁾ vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei Wolfram, S. 2 ff. zur Entwicklung der Normenkontrolle, insbesondere zur Reichsverfassung von 1871.

²⁾ soweit ersichtlich: Stern, Festschrift für Hans Schäfer, S. 62 ff.

³⁾ vgl. v. Mutius, Festschrift für H.J. Wolff, S. 167 ff. (180 ff.); Lorenz, S. 153 FN 11; Umbach, DVBl. 1971, S. 741 (743)

⁴⁾ DVBl. 1971, S. 740

Formulierungen lediglich die formelle oder auch die materielle Gesetzgebung gerade bei der materiellen Gesetzgebung eine andere Beurteilung zu. Das ergibt sich aus den vielfältigen neueren Handlungsformen innerhalb des Administrativbereichs. So macht die Verwaltung zunehmend von der Möglichkeit Gebrauch, ihre Angelegenheiten durch unterstaatliches Recht zu regeln. Wie sollte es aber dem Bürger verständlich zu machen sein, wenn die Handlungsform per Verwaltungsakt als öffentliche Gewalt beschrieben wird, nicht aber die Handlungsform per materielles Gesetz. Denn es besteht Einigkeit darüber, daß die vollziehende Gewalt als Oberbegriff für "Regierung" und "Verwaltung" zur öffentlichen Gewalt iSd Art. 19 Abs. 4 GG gehört¹⁾ und deren Tätigkeit kann eben in den zuvor beschriebenen Handlungsformen ausfallen. Zudem würde es ein Anreiz für die vollziehende Gewalt sein, auf die "Gesetzgebung" auszuweichen, um so der (unmittelbaren) gerichtlichen Nachprüfung zu entgehen.²⁾ Dieses würde aber dem Sinn und Zweck des Art. 19 Abs. 4 GG, einen verfahrensrechtlich lückenlosen Rechtsschutz zu gewähren, zuwiderlaufen.

Darüber hinaus drängt sich die bereits angesprochene unterschiedliche Beurteilung zwischen formeller und materieller Gesetzgebung gerade auf, denn zu groß ist ihr wesensmäßiger Unterschied. Während die formellen Gesetze ein langwieriges, durch die Verfassung genau vorgegebenes Gesetzgebungsverfahren durchlaufen, ist dies bei den lediglich materiellen Gesetzen nicht der Fall. So können gemeindliche

¹ vgl. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 19 ff.

² so auch Obermayer, DVBl. 1965, S. 625 (627); Maurer, S. 285; Blümel, DVBl. 1972, S. 122 ff.

Satzungen - auch bei Beteiligung von Ausschüssen - ohne so zwingende Verfahrensgarantien wie bei der parlamentarischen Gesetzgebung in sehr kurzer Zeit vom Rat beschlossen werden. Gerade dieses Verfahren zeigt, daß die Entscheidung - abgesehen von häufig fehlenden juristischen Erwägungen - naturgemäß nicht so ausgereift sein kann, wie die vom Bundes- oder Landesparlament beschlossene Norm.

Eine andere Beurteilung folgt auch schon aus dem unterschiedlichen Adressatenkreis. Gerade weil Satzungen einen begrenzten örtlichen Wirkungskreis betreffen, wird der Bürger durch sie viel eher berührt - diese Gesetze sind gerade wegen der örtlichen Bedürfnisse erlassen worden.¹⁾

Dies bedeutet wiederum, daß der Anstoß zur rechtlichen Prüfung nur von den Adressaten kommen kann, denn es liegt auf der Hand, daß - ungeachtet der meist fehlenden Antragsbefugnis - von einem anderen Personenkreis eine Initiative nicht erwartet werden kann.

Nach alledem kann festgestellt werden, daß die im Range unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften iSd § 47 Abs. 1 Satz 2 VwGO²⁾ Akte der öffentlichen Gewalt iSd Art. 19 Abs. 4 GG sind.

Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle in den Bundesländern, die von der Möglichkeit des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO keinen Gebrauch gemacht haben, hinsichtlich der untergesetzlichen Rechtsnormen iSd § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO bereits

¹ Engelken, Diss., S. 72 ff. vertritt eine andere Auffassung. Die Ausführungen von Engelken vermögen nicht zu überzeugen, denn zu groß sind die Unterschiede zwischen formeller und lediglich materieller Gesetzgebung.

² ebenso die Rechtsnormen gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO

über Art. 19 Abs. 4 GG statthaft ist. Denn bislang stand nur die Frage über das "Ob" des gerichtlichen Rechtsschutzes und nicht das "Wie" zur Beurteilung an.

Diesbezüglich werden in der Literatur verschiedene Lösungsmöglichkeiten angeboten.

Zum einen will man § 47 VwGO in diesen Fällen analog anwenden.¹⁾ Als Begründung wird angeführt, daß für einen Angriff gegen unmittelbar wirkende Verwaltungsrechtsnormen²⁾ im Range unter dem Gesetz dem einzelnen im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit ebenso ein bestimmtes Verfahren zur Verfügung stehen müsse, wie für die Rechtskontrolle von Verwaltungsakten. Ein solches könne nur das Normenkontrollverfahren sein, das die VwGO in ihrem § 47 als gesetzliches Modell für die Nachprüfung der genannten Normen zur Verfügung stelle.³⁾

Zum anderen wird eine Klage sui generis⁴⁾ empfohlen, da die in der VwGO geregelten Klage-typen keinen Enumerationskatalog bildeten, anderenfalls würde der Rechtsschutz verkürzt, erschwert oder verweigert.⁵⁾ In Anlehnung an das

¹ so Obermayer, DVBl. 1965, S. 625 ff. (632); ders., Zehn Jahre VwGO, S. 142 ff. (157 ff.); Bartlsperger, DVBl. 1967, S. 360 ff. (372 ff.); Umbach, DVBl. 1971, S. 741 ff. (743).

Dem Inhalt nach erweisen sich die Vorschläge im wesentlichen als eine analoge Anwendung des § 47 VwGO, wobei hier und da modifiziert wird. So befürwortet Obermayer eine Anlehnung an § 47 VwGO als Modell. Ebenso will sich Bartlsperger an § 47 VwGO anlehnen, jedoch die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle unmittelbar auf Art. 19 Abs. 4 GG stützen.

² zur unmittelbar wirkenden Verwaltungsrechtsnorm vgl. Maurer, S. 281 ff., m.w.N., insbesondere Bartlsperger, a.a.O.

³ Obermayer, a.a.O.

⁴ Feststellungsklage eigener Art

⁵

für kommunalverfassungsrechtliche Streitigkeiten entwickelte "Streitverfahren sui generis" sei hier ebenfalls ein ähnlicher Klagetyp zu schaffen weil Anfechtungsklage mangels eines vorliegenden Verwaltungsaktes und Feststellungsklage mangels eines vorliegenden Rechtsverhältnisses nicht angewendet werden könnten.¹⁾

Eine weitere Möglichkeit wird vorgeschlagen, mit einer vorbeugenden Feststellungsklage oder einer Unterlassungsklage mittelbar zu einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle zu kommen.²⁾

Ziel dieser Klagearten soll es sein, per Anfechtungsbegehren die in der Zukunft liegende Vollziehung der Rechtsnorm zu verhindern.

Letztlich wird der Vorschlag unterbreitet, die Feststellungsklage nach § 43 VwGO als die passende Klageform anzuerkennen,³⁾ wobei mit unterschiedlichen Begründungen und Definitionen angenommen wird, daß durch eine Norm ein Rechtsverhältnis iSd § 43 Abs. 1 VwGO begründet wird. Auf der einen Seite wird ein Rechtsverhältnis zwischen dem Staat als Normgeber und dem normunterworfenen Bürger mit der Begründung angenommen, daß die Verfassung dem Bürger einen Freiheitsbereich garantiere, in den nur aufgrund einer Ermächtigungsnorm, die das vorerwähnte Rechtsverhältnis schaffe, eingegriffen werden könne.⁴⁾ Auf der anderen Seite wird die Ansicht

¹ vgl. Maurer, S. 306; zum "Streitverfahren sui generis": Henrichs, DVBl. 1959, S. 548; Naumann, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek S. 391 ff.

² vgl. Naumann, DÖV 1960, S. 808; ders., Gedächtnisschrift, S. 391 ff.; Schütz/Frohberg, § 8 Anm. 1; Schrödter, § 10 Rdnr. 9; Hoppe, DVBl. 1964, S. 165 (173); Brohm, S. 79 ff.; vgl. aber auch Hacker, JR 1967, S. 133; Zinkahn/Bielenberg, § 10 Rdnr. 7;

³ Renck, DÖV 1964, S. 651 ff.; ders., JuS 1966, S. 273; offenbar auch Köpp, § 47 Rdnr. 8; Siemer, S. 25 ff. Bad.-Württ.VGH, BB 1964, S. 1403

⁴ Renck, DÖV 1964, S. 655; ders., JuS 1966, S. 278 ff.

vertreten, ein Rechtsverhältnis iSd § 43 Abs. 1 VwGO sei die aus der jeweils rangniedrigsten öffentlich-rechtlichen Regelung folgende Rechte- und Pflichtenbeziehung zwischen zwei Rechtssubjekten.¹⁾

Eigene Stellungnahme:

Die vorstehenden Lösungsmöglichkeiten zeigen auf, welche rechtsdogmatischen und praktischen Schwierigkeiten bestehen, zu einem Rechtsschutz gegen untergesetzliche Rechtsnormen auch in den Bundesländern zu kommen, die von der Möglichkeit des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO - allgemeine Einführung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle - keinen Gebrauch gemacht haben.

Daß hierfür ein Bedürfnis besteht, wird in der letzten Zeit immer mehr anerkannt, denn zu häufig gibt es Fallkonstellationen, wo der Rechtsschutz gegen den Vollzugsakt zu spät kommt oder die Rechtsnorm unmittelbar ohne einen späteren Vollzugsakt ihre Wirkung entfaltet. Dabei kommt insbesondere der letzten Fallgruppe eine große Bedeutung zu. Hier muß eine Lösungsmöglichkeit gefunden werden, sollte der Bürger in diesen Fällen nicht rechtsschutzlos gestellt werden, wie beispielsweise der Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.11.1964²⁾ zeigt. Die hier bestehende Kasuistik,³⁾ bei

¹ Siemer, S. 55

² DÖV 1965, S. 169

³ vgl. die angeführten Beispiele bei Siemer, S. 13, 51 ff.; Volkmar, Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, S. 176 ff.; Maurer, S. 299/300

der allerdings gerade in der letzten Zeit die Rechtsnatur von Verkehrsregelungen durch amtliche Verkehrszeichen in eine neue Diskussion getreten ist,¹⁾ soll um ein Beispiel angereichert werden, das einen besonders großen Personenkreis tangieren kann. Gem. § 10 des KAG NW²⁾ können die Gemeinden bestimmen, daß ihnen der Aufwand für die Herstellung, Erneuerung, Veränderung und Beseitigung sowie die Kosten für die Unterhaltung eines Haus- und Grundstückanschlusses an Versorgungsleitungen und Abwasseranlagen ersetzt werden. Voraussetzung für die Geltendmachung dieses Ersatzanspruchs ist, daß die Gemeinde im Interesse des Abgabepflichtigen eine Leistung erbracht hat.³⁾ Das Interesse des Grundstückseigentümers bestimmt sich nach den Vorschriften über den Anschluß- und Benutzungszwang, der per Satzung angeordnet wird und für die Geltendmachung des Ersatzanspruches entscheidend ist.⁴⁾ Mangels der Einführung eines verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens ist es den Grundstückseigentümern in Nordrhein-Westfalen nicht möglich, sich unmittelbar gegen die Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwanges zu wenden.

¹ Prutsch, JuS 1980, S. 566 ff.; Steiner, DVBl. 1980, S. 417 sowie die dazu ergangene Rspr. Bay.VGH, NJW 1978, S. 1988 und NJW 1979, S. 670; BVerwG, NJW 1980, S. 1640

² Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21.10.1969 - GV NW S. 712 -

³ VG Arnsberg, Urt. v. 11.1.1980 - 5 K 863/79 -, OVG Münster, OVG 30, S. 103

⁴ Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 10 Rdnr. 20

Wie auch in allen anderen Beispielsfällen ist aber nicht einzusehen, daß einem Großteil der Bürger der Rechtsschutz unmittelbar gegen Rechtsnormen verwehrt sein soll.¹⁾ Dies ist auch weitgehend anerkannt, wie die vielfältigen Lösungsversuche zeigen.

Verdienen auch die Bemühungen, die gesamten untergesetzlichen Rechtsnormen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle²⁾ zuzuführen, besondere Anerkennung, so kann letztlich lediglich die direkte Anwendung des § 43 Abs. 1 VwGO zu einer befriedigenden und praktikablen Lösung führen.

Wie bereits angedeutet,³⁾ bestimmt Art. 19 Abs. 4 GG nur das "Ob" und nicht das "Wie" des gerichtlichen Rechtsschutzes. Insoweit verbietet sich bereits eine unmittelbar auf Art. 19 Abs. 4 GG gestützte verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, wie das auch nur vereinzelt vertreten wird.⁴⁾

¹⁾ Immerhin macht die Bevölkerungszahl in Nordrhein-Westfalen ein Drittel der gesamten Bevölkerungszahl in der Bundesrepublik aus. Hinzu kommt die Bevölkerung in den Ländern Hamburg, Rheinland-Pfalz und Saarland.

²⁾ vgl. zur Terminologie S. 5 ff.; wie noch zu zeigen sein wird, handelt es sich bei einem Teil der Lösungsversuche nicht um eine prinzipale Normenkontrolle.

³⁾ S. 50/51

⁴⁾ so Bartlsperger, DVBl. 1967, S. 360 ff. (372); vgl. auch Meyer, Zehn Jahre VwGO, S. 161 ff. (167): "...wenn man sich den § 47 VwGO hinwegdenkt, so wäre es schlechterdings ausgeschlossen, allein durch Art. 19 Abs. 4 GG zu einer Normenkontrolle nach Art des § 47 VwGO zu gelangen, sondern - wenn §§ 40 ff. VwGO nicht ausreichen - allenfalls zum subsidiären ordentlichen Rechtsweg."

Dabei soll die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG¹⁾ keineswegs verkannt werden. Jedoch würden die Prozeßordnungen ad absurdum geführt, wollte man direkt über Art. 19 Abs. 4 GG die eine oder andere Klagemöglichkeit eröffnen, wie dies auch in der letzten Zeit bezüglich der Verbandsklage versucht wird.²⁾

Ohne Frage würde dieser Weg zu einem Chaos und einer Anhäufung von Popularklagen führen. Daher kann Art. 19 Abs. 4 GG nur als Blankettvorschrift verstanden werden, die Rechtsschutz im Rahmen der bestehenden Prozeßordnungen gewährt. Die dort gegebenen Möglichkeiten sind auszuschöpfen, wobei der Anwendungsbereich der vorhandenen Klagetypen extensiv zu handhaben ist.

Solange eine extensive Auslegung bestehender Prozeßvorschriften möglich ist, scheidet mangels einer bestehenden Gesetzeslücke eine analoge Anwendung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle auf die untergesetzlichen Rechtsvorschriften iSd § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO in den Ländern, die von der Möglichkeit einer Einführung keinen Gebrauch gemacht haben, aus.

Abgesehen davon läßt dieses auch nicht der klare Wortlaut des § 47 VwGO zu. Der Wille des Bundesgesetzgebers und auch der Landesgesetzgeber, die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle entweder einzuführen oder nicht, würde umgangen. Dies erst

¹ vgl. S. 46 ff.

² vgl. Baum, DÖV, 1980, S. 428
a.A. Redeker, ZRP 1976, S. 163

recht, nachdem der Bundesgesetzgeber mit der Neufassung des § 47 VwGO eben nur für Satzungen und Verordnungen nach dem Bundesbaugesetz und Städtebauförderungsgesetz das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren eingeführt und bewußt eine bundesweite Normenkontrolle anderer unter dem Landesgesetz stehender Rechtsvorschriften nicht zugelassen hat, obwohl dieses auch in der Diskussion war.¹⁾ Von daher verbietet sich ebenfalls eine analoge Anwendung des § 47 VwGO.

Ungeachtet des Fehlens einer ausfüllungsfähigen und ausfüllungsbedürftigen Lücke ergibt sich noch ein weiteres Bedenken: Die bundesgesetzliche Ermächtigung in § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ist an den Landesgesetzgeber gerichtet.

Auf die vorgeschlagene vorbeugende Feststellungsklage oder Unterlassungsklage soll hier nicht näher eingegangen werden. Es bleibt lediglich festzustellen, daß das Anliegen dieser Meinung dahin ging, zu einem wirksamen Rechtsschutz gegenüber Satzungen nach dem Bundesbaugesetz zu kommen. Nachdem dieser Forderung Rechnung getragen ist und die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle für diese Rechtsvorschriften gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO bundesweit eingeführt worden ist, erübrigt sich dieser Lösungsvorschlag.

¹⁾ vgl. für das Hochschulrecht BR-Drucks. 533/75, S. 7

Aufgrund der hier vertretenen Auffassung, die Feststellungsklage gem. § 43 VwGO gewähre wirk- samen Rechtsschutz gegenüber Rechtsnormen, er- übrigt sich ferner die Feststellungsklage ei- gener Art (Klage sui generis).¹⁾ Bereits früher haben sich Vertreter in der Literatur für diese Lösung ausgesprochen.²⁾ Das Problem liegt hier in der Eingrenzung des Begriffes "Rechtsverhältnis". Dieses wird schon deutlich, wenn man - abgesehen von einer Viel- zahl anderer Definitionen -³⁾ auf die bereits an früherer Stelle⁴⁾ angeführten Definitionen zurückkommt. Sie zeigen die Bandbreite, in der innerhalb der Rechtsquellen das Rechtsverhältnis im Verhältnis zum Bürger angesiedelt werden kann. Einerseits kann dies bereits aufgrund des Grund- gesetzes bestehen, denn wenn in die grundrecht- lich verbürgten Freiheitsrechte nur aufgrund einer normativen Ermächtigung eingegriffen wer- den darf,⁵⁾ so läßt dieses die Interpretation zu, daß bereits das Grundgesetz das Rechtsverhältnis zwischen dem rechtsetzenden Staat und dem rechts- unterworfenen Bürger begründet. Andererseits soll das Rechtsverhältnis erst aus der jeweils rang- niedrigsten öffentlich-rechtlichen Regelung ent- stehen.⁶⁾

¹ vgl. Maurer, S. 305

² vgl. insbesondere Renck, DÖV 1964, S. 651 ff.; ders., JuS 1966, S. 273

³ vgl. Redeker/v. Oertzen und Eyermann/Fröhler zu § 43 VwGO; Renck, DÖV 1964, S. 655 FN 63 ff., Rupp, Grundfragen der heutigen Verwal- tungsrechtslehre, S. 15 ff.; Kelsen, Haupt- probleme der Staatsrechtslehre, S. 702 ff.

⁴ S. 52/53

⁵ so die Meinung von Renck, DÖV 1964, S. 655; ders., JuS 1966, S. 278 ff.

⁶ Siemer, S. 55

Geht man von der These der "Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung" aus,¹⁾ so kann man weder für die eine noch für die andere Standortbestimmung Partei ergreifen. Zunächst ist das dahingehende Bemühen entscheidend, die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts²⁾ zu widerlegen, "die Gültigkeit einer Rechtsnorm kann nie Gegenstand einer Feststellungsklage sein, weil nur Rechtsverhältnisse Gegenstand von Feststellungsklagen sind und eine Norm kein Rechtsverhältnis ist".³⁾

Dies gelingt allerdings nicht mit der Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes, der zwar die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung bezeichnet, jedoch Rechtsnormen und Rechtsverhältnisse nicht miteinander identifiziert.⁴⁾ Damit befindet sich der Hessische Verwaltungsgerichtshof nicht im Widerspruch zum Bundesverwaltungsgericht.

Eine andere Betrachtungsweise folgt aber dann, wenn man das Rechtsverhältnis bestimmt als die rechtsnormgestaltete Beziehung zwischen zwei oder mehreren Subjekten.⁵⁾ Diese einfache und praktikable Definition erlaubt die Behauptung, daß der Streit um den Begriff des Rechtsverhältnisses endlich einer abschließenden Klärung zugeführt worden ist.⁶⁾

¹ Achterberg, DÖV 1974, S. 445 ff. (454)

² DÖV 1965, S. 169

³ unter Bezug auf Ule, VwGO, § 43 Anm. I 2

⁴ NJW 1977, S. 455

⁵ Achterberg, Rechtstheorie 1978, S. 385 ff. (394 ff.)

⁶ vgl. Achterberg, a.a.O. Besonders hervorzuheben ist dabei das Erfordernis von Subjekten als Endpunkte des Rechtsverhältnisses. Abgesehen davon, daß man hier andere Problemkreise neutralisiert (vgl. FN 47 bei Achterberg, ferner S. 403/404), wird erstmals deutlich gemacht, daß dem Endpunkt "Rechtssubjekt" die Rechtsnormgestaltung logisch vorgeht.

Darüber hinaus ist sie auch eine Hilfe für die an dieser Stelle vertretene Auffassung, daß der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen im Wege der Feststellungsklage gem. § 43 VwGO zu gewähren ist, denn ein Rechtsverhältnis kann nicht mehr geleugnet werden.

Für eine andere Auffassung ergibt der Wortlaut des § 43 Abs. 1 VwGO nichts. Denn alternativ zur Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes, einer Einzelfallregelung, steht die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses. Es wird nun nicht zu bestreiten sein, daß der Erlass eines Verwaltungsaktes ebenfalls ein Rechtsverhältnis zwischen dem Adressaten des Verwaltungsaktes und der den Verwaltungsakt erlassenden Behörde begründet.¹⁾ Insoweit muß sich dieses Rechtsverhältnis als eine konkretere Beziehung erweisen, als die der ersten Alternative des § 43 Abs. 1 VwGO. Gleichgültig, wie man die beiden Alternativen einander zuordnet - etwa als Regel-Ausnahme-Prinzip oder als Ober- und Unterfall -, so deutet schon vieles darauf hin, daß es sich bei der ersten Alternative des § 43 Abs. 1 VwGO um eine abstrakte Beziehung handelt.

Stellt man diese grammatische Interpretation voran, so zeigt sich auch der Fehler der Meinung, die die Feststellungsklage gem. § 43 VwGO auf Überprüfung der Gültigkeit einer Rechtsnorm nicht für zulässig erachtet. Denn sie stellt auf ein konkretes Rechtsverhältnis ab, bei dem die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen bestimmten, bereits überschaubaren Sachverhalt streitig sein muß.²⁾

¹ vgl. Siemer, S. 39 m.w.N.

² vgl. Redeker/von Oertzen, 5. Aufl., § 43 Rdnr. 7; in diesen Fehler verfällt auch Renck, NJW 1965, S. 1791

Dieser Fehler liegt aber darin begründet, daß hier der Begriff des Rechtsverhältnisses aus dem Zivilprozeßrecht (vgl. § 256 ZPO) übernommen wurde, ohne den Besonderheiten des Verwaltungsprozeßrechts Rechnung zu tragen. Anders als § 256 ZPO hat § 43 VwGO - wie bereits ausgeführt - auch die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes, ein dem Zivilrecht unbekanntes Institut, geregelt. Insoweit haben die meisten Vertreter dieser Meinung als Konkretisierung des Rechtsverhältnisses den Verwaltungsakt vor Augen.¹⁾

Hinsichtlich der Begründung eines Rechtsverhältnisses durch Rechtsnormen werden aber bei der Forderung einer Konkretisierung in die Eingrenzung des Begriffes Elemente mit hineingebracht, die im Rahmen anderer Sachurteilsvoraussetzungen wie öffentlich-rechtliche Streitigkeit iSd § 40 VwGO bzw. Rechtsschutzbedürfnis zu prüfen sind.

Die Abstraktheit der Definition des Rechtsverhältnisses als die rechtsnormgestaltete Beziehung zwischen zwei oder mehreren Subjekten erweist sich im übrigen auch als richtig, wenn man berücksichtigt, daß mit dem Nachweis "eines berechtigten Interesses an der baldigen Feststellung" eine zeitliche Abgrenzung zum später zu erlassenden Verwaltungsakt bringt, der als konkretes Rechtsverhältnis das vorhergehende abstrakte Rechtsverhältnis ablöst. Keineswegs vermag die Begründung zu überzeugen, für die Überprüfung einer Rechtsnorm könne nur ein Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO in Betracht kommen.²⁾

¹ Ruckdäschel, DÖV 1961, S. 675 (679)

² so z.B. Redeker/von Oertzen, 5. Aufl., § 43 Rdnr. 6

Dieses kann Art. 19 Abs. 4 GG nicht entnommen werden.

Die insoweit gegebene Überprüfung von Rechtsnormen im Wege der Feststellungsklage wird auch nicht dadurch gemindert, daß die verwaltungsgerichtliche Entscheidung angesichts des vorliegenden Rechtsschutzverfahrens gem. § 121 VwGO nur die Verfahrensbeteiligten bindet. Denn dem Kläger kommt es allein auf die richterliche Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses an, andernfalls er als "Subjekt ein Endpunkt ist".¹⁾ Die Allgemeinverbindlichkeit der Entscheidung kann ihm daher gleichgültig sein.

Im übrigen entspricht es der Praxis, daß sogar bei inzidenten Entscheidungen über die Gültigkeit von Rechtsnormen - auch im Wege über die Gleichbehandlung im Recht gem. Art. 3 GG - die notwendigen Konsequenzen gezogen werden, sei es, daß die Rechtsnormen überarbeitet werden oder sei es, daß die darauf beruhenden Verwaltungsakte bereits vor einem Verwaltungsgerichtlichen Verfahren aufgehoben werden.

Auch wenn nunmehr ein dem Art. 19 Abs. 4 GG gerecht werdendes Ergebnis gefunden wurde, bleibt festzustellen, daß dennoch in einigen Bundesländern die zusätzliche Möglichkeit gem. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO nicht gegeben ist. Dieser Rechtszustand bedarf einer erneuten Überdenkung durch den Gesetzgeber, insbesondere deshalb, weil nicht zu erwarten ist, daß die restlichen Bundesländer von der

¹ vgl. Achterberg, Rechtstheorie 1978, S. 398

Möglichkeit des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO Gebrauch machen werden.¹⁾ Die Neufassung des § 47 VwGO hat in dieser Hinsicht keine Klärung gebracht. Im Gegenteil, es ist nicht einzusehen, warum die unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften in § 47 Abs. 1 VwGO unterschiedlich behandelt werden.

Abgesehen davon, daß die in den süddeutschen Ländern durchgeführten Normenkontrollverfahren²⁾ bislang kein erschreckendes Ausmaß angenommen haben, kann den Befürchtungen, die Rechtssicherheit werde durch Popularnormenkontrollverfahren gefährdet, durch andere Zulässigkeitsvoraussetzungen begegnet werden.

Es wäre daher wünschenswert, wenn die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle für alle unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften bundesweit eingeführt würde.

¹ Ferner ist zu befürchten, daß noch nicht alle Verwaltungsgerichte von der soeben beschriebenen Definition des Rechtsverhältnisses ausgehen werden.

² vgl. BR-Drucks. 533/75, S. 15

II. Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle als Rechtsbeanstandungs- oder/und Rechtsschutzverfahren

Im allgemeinen wird die Zielsetzung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle dahingehend beschrieben, daß sie materiell die Feststellung einer Überschreitung des dem normsetzenden Organ durch Rechtsvorschriften einer höheren Rangstufe gezogenen Rahmens seiner Befugnisse und materiell die Beseitigung des Übergriffes im Wege eines Normenkontrollbeschlusses gem. § 47 VwGO bezweckt.¹⁾ Aus dieser Beschreibung läßt sich jedoch für die Qualifizierung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens weder für die eine noch für die andere Richtung etwas herleiten.

Bereits die Überschrift zeigt, daß sich beide Verfahrensarten nicht eindeutig trennen lassen. Sie schließen sich nicht unbedingt gegenseitig aus, denn von der objektiven Rechtsbeanstandung profitiert der subjektive Rechtsschutz, soweit in der überprüften Rechtsnorm subjektive Rechte wurzeln, und die Vermeidung subjektiver Rechtsverletzungen bedingt die Erhaltung der objektiven Rechtsordnung. Es liegt auf der Hand, daß die rechtsdogmatische Einordnung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle auch nach der Neufassung des § 47 VwGO umstritten ist.

Gleichwohl muß der Frage der Zuordnung auch eine praktische Bedeutung beigemessen werden. So z.B.,

¹ Diese Formulierung findet sich - sowohl mit als auch ohne weitere Nachweise - fest in der gesamten Literatur und geht zurück bis in die Zeit der Geltung des § 25 VGG.

wenn man die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle als reines Beanstandungsverfahren ansehen würde und sich insoweit Erörterungen im Rahmen der "Rechtsschutzgarantie" des Art. 19 Abs. 4 GG erübrigen würden oder aber eine echte Konkurrenz zwischen der - unmittelbar nur dem Rechtsschutz dienenden - Anfechtungsklage und der Normenkontrolle dann ohnehin nicht möglich wäre.¹⁾

Ferner könnte auch eine Einordnung als reines Rechtsschutzverfahren eine bestimmte Auslegung der Nachteils Klausel des § 47 Abs. 2 VwGO präjudizieren, weil möglicherweise nur dann der Charakter als Rechtsschutzverfahren sinnvoll gewährleistet wäre, wenn man eine Rechtsverletzung fordert.²⁾

Die Terminologie der beiden Verfahrensbegriffe ist nicht umstritten. Von einem Rechtsschutzverfahren spricht man, wenn in ihm unmittelbar Individualrechte durchgesetzt werden. Ziel des Rechtsbeanstandungsverfahrens ist es, die objektive Rechtsordnung zu korrigieren.

¹ vgl. S. 42/43

² vgl. Hoffmann, S. 53

1. Meinungsstand

Insgesamt werden hinsichtlich des Verfahrenscharakters der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle drei¹⁾ Ansichten vertreten:

So wird der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle ein reiner Rechtsschutzcharakter beigemessen.²⁾ Dieses Ergebnis wird dadurch erreicht, daß der Verfahrenscharakter nach dem jeweiligen Antragsteller bestimmt wird. Es handele sich um ein Rechtsschutzverfahren, wenn der Antrag von "jedermann" gestellt werde. Dagegen liege bei einem von einer Behörde gestellten Antrag ein Rechtsbeanstandungsverfahren vor.

Nach einer anderen Meinung³⁾ sei das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO seiner ganzen Ausgestaltung nach primär als objektives Beanstandungsverfahren konzipiert, enthalte aber auch Züge des subjektiven Rechtsschutzes, wobei dem § 47 VwGO teils vorrangig eine Rechtsschutzfunktion eingeräumt,⁴⁾ teils dem objektiven Rechtsbeanstandungsverfahren das Schwergewicht beigemessen wird,⁵⁾ teils werden aber auch beide

¹ vgl. Z. 4 u.5, die der zweiten Ansicht zugeteilt sind.

² Obermayer, Zehn Jahre VwGO, S. 156; v. Engelhardt, S. 195; v. Mutius, VerwArch 64 (1973), S. 97. Nicht dazu gerechnet werden soll Meyer-Ladewig, DVBl. 1976, S. 206, der ohne Begründung feststellt, "das Verfahren gem. § 47 VwGO füge sich leichter in das System der VwGO ein, wenn ein normales Rechtsschutzverfahren gewählt werde".

³ Bachof, DÖV 1964, S. 9 ff. (11); Maurer, S. 275 ff. (289); Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 36 ff. (39); Wilken, DVBl. 1969, S. 532 ff. (534); Rasch, BauR 1977, S. 147; Blümel, Festschr. f. Forsthoff, S. 161; Kopp, § 47 Rdnr. 3 m.w.N., Achterberg, VerwArch 1981, S. 175; BVerfGE 11, S. 232 ff.; BVerwG, DVBl. 1963, S. 441; HessVGH, NJW 1967, S. 266 ff.;

⁴ Koehler, § 47 I; v. Engelhardt, S. 162 m.w.N.

⁵ Tschira/Schmitt Glaeser, S. 234 m.w.N.

Funktionen gleichrangig nebeneinander eingestuft.¹⁾

Schließlich wird in dem verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren ein reines Beanstandungsverfahren gesehen.²⁾ Als Hauptargument wird angeführt, die Rechtsordnung gehe von einer scharfen systematischen Trennung zwischen Beanstandungs- und Rechtsschutzverfahren in der Weise aus, daß nur im objektiven Beanstandungsverfahren Entscheidungen mit allgemeinverbindlicher Wirkung möglich seien und sich somit Rechtsschutz und Normenkontrolle gegenseitig ausschließen würden.³⁾ Das Grundgesetz habe gewisse Beanstandungsverfahren abschließend geregelt und die Unterscheidbarkeit beider Verfahren vorausgesetzt.

2. Eigene Stellungnahme

Zu folgen ist der Meinung, die in dem verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren sowohl Elemente der Rechtsbeanstandung als auch Elemente des Rechtsschutzes sieht. Dies wird sich aus den Argumenten ergeben, die sich gegen die Vertreter eines reinen Beanstandungs- und eines reinen Rechtsschutzverfahrens richten.

¹ v. Engelhardt, S. 234

² Klinger, § 47 A; Renck, DÖV 1964, S. 1 (6); ders., NJW 1965, S. 1792; ders., Diss., S. 90 ff., ders., JuS 1966, S. 273 (277); ders., BayVBl. 1979, S. 225 (226 ff.); ders., NJW 1980, S. 1022, (1024 ff.); Engelken, Diss., S. 19 ff.; ders., DÖV 1971, S. 334; wohl auch Siemer, S. 15

³ Renck, a.a.O.

a) Allgemeine Überlegungen

Man braucht nicht darüber zu streiten, was der primäre Zweck des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens ist. Zum einen wird eine solche Feststellung, abgesehen davon, daß sie wieder neuen Zündstoff in der Diskussion hervorrufen würde, nur schwer möglich sein, wobei dies im einzelnen davon abhängig ist, wo man den Schwerpunkt der Abgrenzung ansetzt. Zum anderen hat eine solche Festlegung auch keine praktischen Auswirkungen, denn z.B. wäre Art. 19 Abs. 4 GG allemal beachtlich, wenn das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren auch eine Rechtsschutzfunktion hat.

Zutreffend ist, daß man aus den Gesetzesmaterialien zu der alten Fassung des § 47 VwGO zu keinem eindeutigen Bild kommen konnte.¹⁾ Insoweit ist es auch nicht richtig, hieraus eine abschließende Beantwortung in die eine oder andere Richtung herleiten zu wollen.²⁾ Allerdings wird man nicht abstreiten können, daß sich am ehesten für die hier vertretene Auffassung aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift gewisse Indizien entnehmen lassen. So hatte der Regierungsentwurf das Verfahren zunächst als Rechtsschutz-instrument angelegt und daher das Antragsrecht der Behörden, so wie es bereits in § 25 VGG enthalten war, gestrichen. Im Gegensatz dazu hob der Rechts-

¹ Darauf weisen Renck, DÖV 1964, S. 6 ; Bachof, DÖV 1964, S. 11 und Wilken, DVBl. 1969, S. 533 zu Recht hin.

² So will Maurer, S. 288 aus der Entstehungsgeschichte herleiten, daß das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO primär als Beanstandungsverfahren konzipiert gewesen sei.

ausschuß in seinem schriftlichen Bericht¹⁾ hervor, daß die Vorschrift der Rechtseinheit und ökonomischen Gestaltung des Prozeßrechts dienen solle. Letztlich hat der Bundestag sowohl den Behördenantrag, als auch das Antragsrecht des einzelnen zugelassen.

Wie nun die Gesetzesmaterialien zu § 47 VwGO alter Fassung auszulegen sind, kann letztlich dahingestellt bleiben, denn die Materialien zu § 47 VwGO neuer Fassung sind in dieser Hinsicht eindeutiger. Anstoß zur Änderung der VwGO war die Neufassung des Bundesbaugesetzes. Den umfangreichen Planungsmöglichkeiten der Verwaltung sollten Rechtsschutzmöglichkeiten des Bürgers gegenübergestellt werden. Dies geht aus den amtlichen Begründungen eindeutig hervor.²⁾

Insoweit wird in der neueren Literatur denn auch zu Recht vertreten, daß die Verhandlungen im Bundestag und Bundesrat zur Neufassung des § 47 VwGO die Rechtsschutzfunktion bestätigen.³⁾

Mag auch den Gesetzesmaterialien nach der Lehre von der Maßgeblichkeit des "objektivierten" Gesetzeswillen⁴⁾ nur ein begrenzter Erkenntniswert zukommen, so ist vorliegend angesichts der Deutlichkeit der Materialien und der dabei zum Ausdruck kommenden Intention des Gesetzgebers zunächst davon auszugehen, daß das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren zumindest auch Rechtsschutzelemente enthält.

¹⁾ vgl. auch BT-Drucks. 3/1094 zu § 46 des Entwurfs

²⁾ vgl. BR-Drucks. 533/75, S. 1/2

³⁾ Kopp, Festschrift 100 Jahre BayVGH, S. 216

⁴⁾ BVerfGE 1, S. 299 (312)

Etwas anderes hätte nur dann zu gelten, wenn die historische Betrachtung im Lichte einer teleologischen Interpretation nicht mehr haltbar wäre. Dabei ist entscheidend, ob der Wille des Gesetzgebers aufgrund veränderter Umstände nunmehr anders zu verstehen ist.

Dies ist indes nicht der Fall. Zum einen folgt das schon daraus, daß die Neufassung des § 47 VwGO noch sehr "jung" ist und die Planungsmöglichkeiten nach dem Bundesbaugesetz, denen der verstärkte Rechtsschutz gem. § 47 VwGO gegenübergestellt werden sollte, nach wie vor bestehen. Zum anderen ergibt sich dies auch aus dem Sinn und Zweck des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens, wie noch zu zeigen sein wird.

Wie bereits erwähnt,¹⁾ schließen sich beide Verfahrensarten nicht unbedingt gegenseitig aus, denn von der objektiven Rechtsbeanstung profitiert der subjektive Rechtsschutz, soweit in der überprüften Rechtsnorm (subjektive) Rechte wurzeln und die Vermeidung subjektiver Rechtsverletzungen bedingt die Erhaltung der objektiven Rechtsordnung. Dies wird auch von der Meinung anerkannt, die in der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle ausschließlich ein objektives Beanstandungsverfahren sehen will.²⁾

¹ vgl. S. 64

² vgl. Renck, Bay VBl. 1979, S. 227: "Denn da alle subjektiven Rechte im objektiven Recht wurzeln, bedeutet ihr Schutz notwendig die Durchsetzung des objektiven Rechts, wie umgekehrt jede Rechtsbeanstundung sich auf den subjektiven Rechtsschutz auswirkt." Unter FN 42 a.a.O. versucht Renck, das vorher Gesagte wieder abzuschwächen.

b) Die Allgemeinverbindlichkeit der Normenkontroll-
entscheidung-----

In den Komplex der theoretisch klar voneinander zu trennenden Funktionsalternativen¹⁾ fällt auch die Allgemeinverbindlichkeit der Normenkontrollentscheidung.

Vielfach wird die Allgemeinverbindlichkeit der Normenkontrollentscheidung als ein gewichtiges Argument herangezogen, um das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren als ein reines objektives Rechtsbeanstandungsverfahren zu charakterisieren. Zuzugeben ist, daß durch die Allgemeinverbindlichkeit Elemente des objektiven Beanstandungsverfahrens zu erkennen sind, denn durch sie soll die Normenkontrolle die Rechtsklarheit und damit die Rechtssicherheit erhöhen und so auf besondere Weise der Rechtsstaatlichkeit dienen:²⁾ ferner sollen die Verwaltungsgerichte entlastet werden, weil auf diese Weise einer Vielzahl von Einzelprozessen vorgebeugt wird.

Jedoch kann daraus keineswegs hergeleitet werden, nur im reinen Beanstandungsverfahren seien Entscheidungen mit allgemeinverbindlicher Wirkung möglich, so daß Rechtsschutz und Normenkontrolle

¹ vgl. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 155 ff.

² Eyermann/Fröhler, § 47 RdNr. 2

unvereinbar seien.¹⁾

Abgesehen davon, daß diese Behauptung nicht näher nachgewiesen ist,²⁾ ergibt sich aus den Zielsetzungen "Rechtsklarheit, Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit", daß hier außerdem der Rechtsschutzcharakter der Normenkontrolle hereinspielt. Der Antragsteller wird für die Zukunft geschützt, indem die überprüfte Norm allgemeinverbindlich für ungültig erklärt wird und auch die Fälle erfaßt, in denen bereits jemand einen Nachteil erlitten hat. Mittelbar dient die Allgemeinverbindlichkeit ferner dem Rechtsschutz anderer von der Rechtsnorm betroffener Bürger. Diese Situation macht es dem Bürger besonders leicht, um zu einer Gleichbehandlung zu kommen. Anders als bei der vergleichbaren Situation im Falle der Betroffenheit mehrerer durch Verwaltungsakt, bei dem möglicherweise erst durch einen Prozeß die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erfochten werden muß, braucht sich der Bürger hier nur auf die Ungültigkeit zu berufen.

Daß sich aus der Allgemeinverbindlichkeit nicht nur Anhaltspunkte für den Beanstandungscharakter, sondern auch für den Rechtsschutzcharakter ergeben, ergibt sich ferner aus folgender Überlegung: Vielfach wird diesbezüglich die Regelung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens in § 25 VGG für glücklicher und zweckmäßiger gehalten, weil auch im Falle einer Bestätigung der überprüften Vorschrift der Normenkontrollentscheidung allgemeinverbindliche Wirkung zukam und den Verwaltungsgerichten verboten

¹ so aber Renck, DÖV 1964, S. 1 ff.; S. 651 ff.; ders., JuS 1966, S. 273 ff.

² Darauf weist bereits Bachof, DÖV 1964, S. 13 hin.

war, im Wege der Inzidentprüfung eine andere Entscheidung zu treffen.¹⁾

Indes lassen sich im Umkehrschluß, daß nunmehr die Allgemeinverbindlichkeit der Normenkontrollentscheidung eingeschränkt ist, Argumente für den ebenfalls vorhandenen Rechtsschutzcharakter finden. Denn gegenüber dem Rechtszustand im Zeitpunkt der Geltung der Verwaltungsgerichtsgesetze ist für den Fall der Gültigkeit der Rechtsnorm nicht nur den Verwaltungsgerichten die inzidente Überprüfung möglich, sondern es ist weiterhin jedem anderen Antragsteller erlaubt, die Norm erneut überprüfen zu lassen. Es liegt auf der Hand, daß dieses - da man ohne weiteres davon ausgehen kann, daß die gesetzliche Regelung in § 47 VwGO nicht auf einem Versehen beruht, anderenfalls wäre dies bei der Neufassung korrigiert worden - dem Rechtsschutz des Bürgers dient. Mag auch in vielen gleich gelagerten Fällen der Antrag nicht erfolgreich sein, so ist dadurch gewährleistet, daß ggf. veränderten Umständen Rechnung getragen werden kann.

Geht man schließlich davon aus, daß die Vertreter der "reinen Rechtsbeanstandungstheorie" die Überprüfung von Rechtsnormen über § 43 VwGO für zulässig erachten,²⁾ es sich dort aber unstreitig um ein Rechtsschutzverfahren handelt, erscheint es unverständlich, hier - wo es bis auf die Allgemeinverbindlichkeit keine Unterschiede gibt - von einem reinen Beanstandungsverfahren auszugehen.

¹ Wolfram, S. 40/41

² vgl. Renck, JuS 1966, S. 273

Der Bürger wird hier keineswegs als Sachwalter der Allgemeinheit und dort als Individualinteressent tätig.¹⁾ Es ginge an der Realität vorbei, wollte man dieses ernstlich behaupten. Dem Bürger kommt es darauf an, daß er den Nachteil von sich abwendet. Der Prozeß wird aus reinen - und auch verständlichen - Selbstzweckgründen geführt. Schließlich hat er alle Risiken zu tragen, wie Kosten und sonstige Belastungen, die gewöhnlich ein gerichtliches Verfahren mit sich bringt. Daß darüberhinaus bei stattgebender Entscheidung mit allgemeinverbindlicher Wirkung die Individualinteressen zugleich dem Allgemeinwohl zugänglich gemacht werden, wie das auch bei der Verfassungsbeschwerde gem. §§ 90 ff., 31 Abs. 2 BVerfGG der Fall ist, ist ihm letztlich gleichgültig,²⁾ spricht jedoch für die hier vertretene Auffassung, daß in der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle beide Verfahrenselemente enthalten sind.

c) Das Rechtsschutzbedürfnis im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren-----

Als "allgemeine Rechtsschutzgewährungsvoraussetzung"³⁾ spricht diese Sachurteilsvoraussetzung vom Wortlaut her für ein Rechtsschutzverfahren, in dem es um den subjektiven Anspruch auf Beseitigung der rechtswidrigen Norm geht. Denn das

¹⁾ vgl. Renck, DÖV 1964, S. 7; ders., BayVB1. 1979, S. 226, 227

²⁾ vgl. Ihering, S. 26 "wer sein Recht behauptet, verteidigt..... das Recht".

³⁾ Schönke, S. 13

Rechtsschutzbedürfnis setzt schon begrifflich ein gerichtliches Verfahren zum Schutz subjektiver Rechte voraus.¹⁾

Allerdings darf man nicht in den Fehler verfallen, an dieser Stelle die Antragsbefugnis und das Rechtsschutzbedürfnis miteinander zu vermengen. Auszugehen ist dabei ganz allgemein von einem besonderen Beanspruchungsinteresse gerichtlicher Tätigkeit, das schon dann vorliegt, wenn der Antragsteller die Gültigkeit der Rechtsnorm in Zweifel zieht und er - soweit es sich um eine Behörde handelt - die Zweifel nicht selbst beseitigen kann. Nur diesen Inhalt kann das Rechtsschutzbedürfnis haben, insbesondere, wenn dieses auch von den Vertretern einer objektiven Beanstandungsfunktion der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle verlangt wird.²⁾

Deutet - wie bereits angeführt - die "allgemeine Rechtsschutzgewährungsvoraussetzung" in eine bestimmte Richtung, so kann von ihrem - globalen - Inhalt her nichts Wesentliches für die Bestimmung des Verfahrenscharakters der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gewonnen werden.

In diesem Zusammenhang kann jedoch vorab auf die gesondert zu prüfende Antragsbefugnis verwiesen werden. Sie bietet für den Rechtsschutzcharakter der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle einen gewichtigen Anhaltspunkt. Zwar

¹ v. Engelhardt, S. 230 m.w.N.

² vgl. v. Engelhardt, S. 230

wird von den Vertretern der objektiven Beanstandungstheorie behauptet, aus der Antragsbefugnis lasse sich der Rechtsschutzzweck nicht zwingend ableiten.¹⁾ Doch erscheint allenfalls das Argument plausibel, der Richter könne nicht ex officio eingreifen, vielmehr bedürfe es eines Anstoßes von außen.²⁾ Entscheidend für die Zulässigkeit des Antrags ist aber, daß der Antragsteller geltend macht, daß er durch die Norm oder deren Anwendung einen Nachteil erlitten oder in absehbarer Zeit zu erwarten hat (§ 47 Abs. 2 S. 1 VwGO). Es wäre verfehlt, hier etwas anderes zu sehen, als Elemente des Rechtsschutzes. Hätte der Gesetzgeber hier ein reines Beanstandungsverfahren wählen wollen, hätte er diese Verfahrensvoraussetzung weggelassen. Dann wäre der antragstellende Bürger stets als Sachwalter der Allgemeinheit tätig geworden.

Im übrigen überzeugt auch nicht die Begründung, mit dem Nachteil als Antragsvoraussetzung habe man die Popularklage ausschließen wollen.³⁾ Wird der Antragsteller als Sachwalter für die Allgemeinheit tätig, so ist eine Popularklage ohnehin nicht zu befürchten.

¹ vgl. Renck, BayVBl. 1979, S. 227

² Renck, a.a.O.

³ vgl. Renck, a.a.O.

d) Der vorläufige Rechtsschutz¹⁾

Der vorläufige Rechtsschutz ist in erster Linie auf die unumstrittenen reinen Rechtsschutzverfahren der VwGO zugeschnitten. Gründe der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit, als besondere Anliegen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, waren daher auch stets die Argumente, den vorläufigen Rechtsschutz nicht auf die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle auszudehnen. So wurde dann auch die fehlende Möglichkeit eines vorläufigen Rechtsschutzes vor der Neufassung als Indiz für den Charakter eines objektiven Beanstandungsverfahrens herangezogen.²⁾

Nunmehr enthält § 47 Abs. 7 VwGO die Regelung, daß das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen kann, so daß heute genau umgekehrt argumentiert werden kann. Dementsprechend stellen die Kommentierungen³⁾ - dies hat auch in den amtlichen Begründungen seinen Niederschlag gefunden⁴⁾ - auf den Rechtsschutzcharakter ab. Legt man ferner zugrunde, daß die Regelung des § 47 Abs. 7 VwGO sich an § 32 BVerfGG anlehnt,⁵⁾ bei der letzten Vorschrift die einstweilige Anordnung aber "zum gemeinen Wohl" dringend geboten sein muß, so wird hier der Rechtsschutzcharakter des Normenkontrollverfahrens deutlich.

¹⁾ An dieser Stelle soll der einstweilige Rechtsschutz nur als Indiz zur Beurteilung des Verfahrenscharakters herangezogen werden. Eine gesonderte Auseinandersetzung mit dem Problem des einstweiligen Rechtsschutzes folgt später.

²⁾ vgl. Maurer, S. 290

³⁾ z.B. Kopp, § 47 Rdnr. 76 ff.

⁴⁾ vgl. BR-Drucks. 533/75, S. 12

⁵⁾ vgl. Kopp, § 47 Rdnr. 76 ff.; Redeker/v. Oertzen,

Denn gem. § 47 Abs. 7 VwGO wird auf die Abwehr eines schweren Nachteils oder auf andere wichtige Gründe abgestellt, so daß es gerade nicht oder aber nicht nur auf das Interesse der Allgemeinheit ankommt.

Somit stellt sich die Regelung in § 47 Abs. 7 VwGO als ein gewichtiges Argument für den Rechtsschutzcharakter der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle dar.

e) Andere Gesichtspunkte

Reichen die bislang vorgetragenen Gründe bereits aus, um den Rechtsschutzcharakter der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle zu bejahen, so sollen noch ergänzend andere Gesichtspunkte kurz angeführt werden.

- aa) Mit der Regelung in § 47 Abs. 6 VwGO ist auch das Argument aus den Angeln gehoben, daß aufgrund der Entscheidung durch Beschluß ohne mündliche Verhandlung spezifische Attribute des Rechtsschutzverfahrens fehlten.¹⁾ Die Entscheidung durch Urteil aufgrund einer mündlichen Verhandlung soll nunmehr der Regelfall sein. Damit trägt man der bereits früher erhobenen Forderung Rechnung, daß dies der Bedeutung der Sache gemäß sei.²⁾

¹ vgl. Maurer, S. 290

² vgl. Meyer, Zehn Jahre VwGO, S. 171 ff.

- bb) Einen weiteren Ansatzpunkt bietet die Ausgestaltung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens als kontradiktorisches Verfahren.

Bereits vor geraumer Zeit wurde daraus ein Rechtsschutzargument abgeleitet.¹⁾ Für die dagegen erhobenen Bedenken sprach, daß sich der kontradiktorische Charakter nicht aus § 47 VwGO selbst, sondern aus den Ausführungsgesetzen der Länder ergab.²⁾ Nunmehr regelt § 47 VwGO direkt in Abs. 2 Satz 2, daß der Antrag gegen den Rechtsträger zu richten ist, der die angegriffene Rechtsnorm erlassen hat.³⁾

Auch das weitere Vorbringen, die kontradiktorische Ausgestaltung des Verfahrens könne rein verfahrenstechnische Gründe haben,⁴⁾ läßt sich nicht mehr halten. Ausgehend von der bundesweiten Einführung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO hat der Gesetzgeber eine klarstellende Regelung entsprechend den bisherigen Bestimmungen der Ausführungsgesetze der Länder treffen wollen. Hintergrund

¹ vgl. Bachof, AöR 86 (1961), S. 11

² vgl. v. Engelhardt, S. 170; Wilken, DVBl. 1969, S. 533; Hoffmann, S. 54

³ Dementsprechend haben die Landesgesetzgeber reagiert: § 5 a Abs. 3 AGVwGO Bad.-Württ.; Art. 10 Abs. 2 AGVwGO Bay.; § 11 Abs. 3 AGVwGO Hessen sind weggefallen. Dagegen bestehen noch die - überflüssigen - Regelungen in § 7 Abs. 3 AGVwGO Bremen und § 5 a Abs. 3 AGVwGO Schleswig-Holstein

⁴ vgl. Wilken, a.a.O.

dieser kontradiktorischen Ausgestaltung ist der Rechtsschutzcharakter des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens. In der amtlichen Begründung¹⁾ heißt es dazu:

"Es wäre unzweckmäßig, einen Antragsgegner nicht vorzusehen und ein objektives Beanstandungsverfahren zu wählen. Die notwendige Beteiligung der normgebenden Behörde ist am einfachsten und umfassendsten sichergestellt, wenn sie Antragsgegner ist. Rechtsnormen können wie Einzelakte in Individualrechte eingreifen. Deswegen ist ein Rechtsschutzverfahren gewählt, das ähnlich gestaltet ist wie die anderen Verfahren."

Daneben werden über § 47 Abs. 2 Satz 3 VwGO die Verwaltungsstellen beteiligt, deren Zuständigkeit durch die Rechtsvorschrift berührt wird.

Somit ist über die Ausgestaltung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle als kontradiktorisches Verfahren gem. § 47 Abs. 2 Satz 2 VwGO der Rechtsschutzcharakter erwiesen.²⁾

cc) Die fehlende Antragsfrist³⁾ gibt für die Bestimmung des Verfahrenscharakters nichts her. Hier läßt sich sowohl in die eine als auch in die andere Richtung argumentieren. Im übrigen würden sich in der Praxis bei dem Erfordernis einer Antragsfrist Schwierigkeiten ergeben.

Es stellt sich nämlich die Frage, von welchem Zeitpunkt an die Frist in Lauf gesetzt werden soll. Da den Antrag jede natürliche oder juristische Person stellen kann, die durch die

¹ vgl. BR-Drucks. 533/75, S. 11

² Die auf S. 79 FN 2 angeführten Verfasser vertreten lediglich, daß damit der Rechtsschutzcharakter noch nicht nachgewiesen sei.

³ Die ausdrückliche Regelung in § 5 a Abs. 2 AGVwGO Schleswig-Holstein ist überflüssig.

Rechtsvorschrift oder deren Anwendung einen Nachteil erlitten hat oder in absehbarer Zeit zu erwarten hat, ist der zeitliche Bogen ohnehin weit gespannt.¹⁾ Zudem kann sich dieser zeitliche Bogen durch die Vielzahl der (möglichen) Antragsteller noch weiter ausdehnen. Wegen der inter-omnes-Wirkung ginge die Antragsfrist doch ins Leere, denn die Ungültigkeit der Rechtsvorschrift kommt auch denen zugute, die möglicherweise eine Antragsfrist versäumt haben.

Gleichfalls kann aus dem Fehlen einer zweiten Instanz für den Verfahrenscharakter nichts gewonnen werden.

- dd) Letztlich läßt sich der Rechtsschutzcharakter auch aus Art. 19 Abs. 4 GG ableiten. Nach dieser Verfassungsbestimmung ist im Zweifel immer derjenigen Interpretation eines Gesetzes der Vorzug zu geben, die dem Bürger einen Rechtsschutz einräumt.²⁾

f) Ergebnis:

Zunächst soll dem Einwand vorgebeugt werden, durch die Vielzahl der vorgenannten Gründe müsse man den reinen Rechtsschutzcharakter der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle vertreten. Dieser Schluß kann jedoch nicht gezogen werden. Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle gem. § 47 VwGO enthält auch Elemente der objektiven Rechtsbeanstandung, denn sie dient der Richtigkeit und Eindeutigkeit der objektiven Rechtsordnung; ferner der ökonomischen Gestaltung des Prozeßrechts, da sie zahlreichen Einzelprozessen vorbeugt. All dies ist unbestritten.

¹ Auch bei den sogenannten Parteistreitigkeiten gibt es keine Ausschlußfristen.

² vgl. Leibholz/Rinck, Art. 19 Anm. IV 2

Schließlich kann man auch nicht zu einem reinen Rechtsschutzverfahren kommen, indem man den Verfahrenscharakter unter Aufspaltung der Antragsteller bestimmt.¹⁾ Für diese Auffassung gibt der Gesetzestext nichts her. Die Prozeßordnungen gehen von einheitlichen Verfahren aus und spalten diese nicht unterschiedlich auf, je nachdem, wer den Antrag stellt. Das ergab sich schon aus der alten Fassung des § 47 VwGO, in der in Satz 1 das "Normenkontrollverfahren" vorgesehen war und in Satz 2 die Antragsteller bestimmt wurden.²⁾ Durch die Neufassung des § 47 VwGO tritt dies noch deutlicher zutage, indem die Bestimmung des Verfahrens und die Bestimmung der Antragsteller durch Absätze voneinander getrennt sind. Die Frage der Verfahrensart ist daher unabhängig vom jeweiligen Antragsteller zu beantworten.³⁾

Als Endergebnis kann daher festgehalten werden, daß das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren ein objektives Rechtsbeanstandungsverfahren und zugleich ein Rechtsschutzverfahren ist, wobei es dahingestellt bleiben kann, welche Komponente überwiegt.

¹ vgl. dazu Engelken, Diss., S. 26; Hoffmann, S. 57

² So die Vertreter der reinen Rechtsschutztheorie, vgl. S. 66

³ Die von Engelken, a.a.O. geäußerten - dogmatischen - Bedenken, denen im übrigen zuzustimmen ist für den Fall, daß eine Person und eine Behörde die Nachprüfung derselben Norm beantragen oder sich die eine dem Normenkontrollantrag der anderen "anschließt", was zu einer unterschiedlichen Verfahrensausgestaltung führen würde, werden in der Praxis meist so gelöst, daß im Einverständnis der Beteiligten ein Musterverfahren betrieben wird, nach dessen Abschluß in den anderen Verfahren prozeßbeendende Erklärungen abgegeben werden. Das geschieht aus Kostengründen und wäre überflüssig, wenn man wie Engelken - a.a.O. FN 74 - von einer Gebühr bei mehreren selbständigen Normenkontrollverfahren ausginge. Insoweit ist die Aussage Engelkens anzuzweifeln.

III. Die Grenze des verwaltungsgerichtlichen Normen-
kontrollverfahrens über § 40 VwGO

1. Allgemeines

Sowohl nach der alten Fassung des § 47 VwGO als auch nach der Neufassung entscheidet das Oberverwaltungsgericht "im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit". Dieser Rahmen wird durch § 40 VwGO gezogen. Insoweit werden nach der herrschenden Meinung nur solche Normen für überprüfbar gehalten, bei deren Vollzug Verwaltungsakte ergehen können, die mit der Anfechtungsklage angreifbar oder mit der Verpflichtungsklage erzwingbar sind, oder aus deren Anwendung sonstige öffentlich-rechtliche Streitigkeiten entstehen können, für die der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.¹⁾ Mag die Gerichtsbarkeitsklausel nach der alten Fassung zwar richtig gedeutet sein, so bedarf sie nach der Neufassung einer Modifizierung. Denn gem. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO kann der Normenkontrollantrag auch dann gestellt werden, wenn der Antragsteller durch die Rechtsvorschrift selbst, also ohne konkrete Anwendung, einen Nachteil erlitten oder in absehbarer Zeit zu erwarten hat.²⁾

¹ vgl. Kopp, § 47 Rdnr. 17; Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 6; Klinger, § 47 Anm. B 2; Koehler, § 47 Anm. IV 1; Schrickel, S. 31

² Das übersieht offensichtlich zum Teil die neuere Kommentarliteratur, vgl. Kopp, a.a.O.; Eyermann/Fröhler, a.a.O. Richtig erkannt - soweit ersichtlich - nur von Tschira/Schmitt Glaeser, S. 241

Allein mit der obigen Deutung der Gerichtsbarkeitsklausel werden daher nicht alle Fälle der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle erfaßt.¹⁾ Daher müßte die Gerichtsbarkeitsklausel dahingehend verstanden werden, daß die zugrundeliegende Rechtsvorschrift, also bei unmittelbarer Wirkung oder im Falle ihres Vollzuges, einen öffentlich-rechtlichen Inhalt haben muß und daß nicht die Zuständigkeit einer anderen Gerichtsbarkeit, insbesondere der besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit, gegeben sein darf. Mit der vorstehenden Deutung der Gerichtsbarkeitsklausel sind zwei Schwerpunkte berührt, die sich noch in der Diskussion befinden.

2. Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle als öffentlich-rechtliche Streitigkeit oder Erweiterung des Verwaltungsrechtsweges?

Es stellt sich die Frage, ob die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle selbst eine Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 VwGO ist oder aber ob § 47 VwGO über die Generalklausel hinaus den Verwaltungsrechtsweg erweitert.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß dieser Frage nach der hier vertretenen Auffassung, Rechtsnormen auch im Wege der Feststellungsklage zu überprüfen,²⁾ für die Praxis bereits die Spitze genommen ist; denn die hypothetische Frage "kann die Norm zu einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit führen?" wäre positiv zu beantworten.

¹ Es liegt auf der Hand, daß die Neufassung hier eine zusätzliche Schwierigkeit eingebracht hat.

² vgl. S. 59 ff.

Insoweit könnte die Deutung der Gerichtsbarkeitsklausel auch weniger allgemein gehalten und so verstanden werden, daß sich aus der Materie, deren Überprüfung beantragt wird, Rechtsstreitigkeiten ergeben können, für die der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.¹⁾

Angesichts der geringen Beachtung, die diese Frage gefunden hat, kann nicht davon gesprochen werden, daß sich die eine oder andere Meinung durchgesetzt habe.

Ausgehend von der systematischen Stellung des § 47 VwGO im Gesamtzusammenhang der Zuständigkeitsregelungen der Verwaltungsgerichtsordnung sowie vom Wortlaut der Gerichtsbarkeitsklausel, wird in § 47 VwGO eine Regelung der sachlichen Zuständigkeit gesehen, die von § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO mit erfaßt werde.²⁾

Andere wiederum sehen in § 47 VwGO eine Erweiterung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsweges.³⁾ Im wesentlichen stützt sich diese Ansicht darauf, daß die Generalklausel des § 40 VwGO nicht § 47 VwGO als objektives Beanstandungsverfahren

¹ so die Deutung bei Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 4. An dieser Stelle zeigt sich erneut die praktische Bedeutung des gefundenen Ergebnisses, vgl. S. 59 ff.

² vgl. Wolfram, S. 50; Erichsen, VerwArch 68 (1977), S. 183; Maurer, S. 291: "Daß der Streit um die Gültigkeit einer Rechtsnorm als öffentlich-rechtliche Streitigkeit zu qualifizieren ist, kann nicht ernstlich bestritten werden"; offenbar auch Stern, Festschrift, S. 68 ".....er (der Rechtsschutz) muß versagen, wenn der Landesgesetzgeber das Blankett des § 47 VwGO nicht ausgefüllt hat oder wenn es sich um Normen handelt, die nicht in den Zuständigkeitsbereich des § 40 VwGO fallen", v. Kupsch, S. 68 ff., 78 ff., 163 ff.

³ vgl. Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 222, 244; v. Engelhardt, S. 173; Wilken Diss., S. 8; Renck, DÖV 1964, S. 7; ders., NJW

abdecke¹⁾ und daß im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren die kontradiktorische Ausgestaltung nicht zwingend vorgeschrieben sei.²⁾

Stellungnahme:

Insbesondere nach der Neufassung des § 47 VwGO wird die letzte Ansicht kaum haltbar sein. Schon vor der Novellierung sprach der Wortlaut der Gerichtsbarkeitsklausel, an dem jede Auslegung ihre Grenze zu finden hat, für die Annahme einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit. Die Gerichtsbarkeitsklausel des § 47 VwGO knüpft nämlich die Verbindung zur Generalklausel des § 40 VwGO und stellt somit sicher, daß den Ländern nicht die Möglichkeit gegeben wird, den Verwaltungsrechtsweg über die Generalklausel hinaus zu erweitern. Wie unbefriedigend ein anderes Ergebnis wäre, zeigt schon ein Blick auf die Neufassung des § 47 VwGO: Gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO hätte der Bund den Verwaltungsrechtsweg erweitert, gem. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO würden dies die Länder tun. Es bedarf keiner vertiefenden Erörterung, daß dieses mit dem Inhalt der Art. 70 ff. GG nicht in Einklang zu bringen wäre.

Überdies wird die Argumentation der Gegenansicht durch die Novellierung des § 47 VwGO hinfällig. Wie bereits ausgeführt,³⁾ diene die Neufassung insbesondere der Verbesserung der Rechtsschutzmöglichkeiten des Bürgers. Folglich setzt sich

¹ v. Engelhardt, S. 172

² Wilken, Diss., S. 13

³ vgl. S. 68/69

immer mehr die Ansicht durch, daß das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren jedenfalls kein reines objektives Beanstandungsverfahren ist. Ferner ist durch die zwingende kontradiktorische Ausgestaltung gem. § 47 Abs. 2 Satz 2 VwGO die Begründung hinfällig, im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren werde nicht gestritten.¹⁾

Der Antrag ist gegen die Körperschaft, Anstalt oder Stiftung zu richten, welche die Rechtsvorschrift erlassen hat. Der "Rechtsstreit" wird bereits dadurch dokumentiert, daß die normerlassende Körperschaft, Anstalt oder Stiftung beantragt, den Antrag zurückzuweisen, anderenfalls würde es gar nicht erst zum Normenkontrollverfahren kommen oder dieses sich auf andere Weise erledigen.

Interessanterweise wird die systematische Stellung des § 47 VwGO im Bereich der Zuständigkeitsregelungen in der Argumentation für das "pro" und "contra" herangezogen.²⁾

Gerade in bezug auf die systematische Stellung des § 47 VwGO innerhalb des 6. Abschnitts "Verwaltungsrechtsweg und Zuständigkeit"³⁾ gäbe es eine Menge dahingehend anzumerken, daß damit sicherlich nicht die Feststellung getroffen werden kann, die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle sei keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

¹ vgl. Wilken, Diss., S. 13

² v. Engelhardt, S. 172; kommt aufgrund der systematischen Stellung zur Erweiterung des Verwaltungsrechtsweges, Erichsen, VerwArch 68 (1977), S. 183 zum gegenteiligen Ergebnis.

³ vgl. dazu auch Meyer, Zehn Jahre VwGO, S. 161

Auf eine weitere Erörterung soll jedoch verzichtet werden, weil die Frage aus praktischer Sicht hier nicht abschließend geklärt zu werden braucht. Denn angesichts der hier vertretenen Auffassung, Rechtsnormen auch im Wege der Feststellungsklage zu überprüfen,¹⁾ ist die "Rechtsstreitigkeit" bereits nachgewiesen.

3. Die Abgrenzung zu anderen Gerichtsbarkeiten

Wesentlich mehr Beachtung hat sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur die Frage gefunden, in welchem Umfang der Prüfungsgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle durch die Gerichtsbarkeitsklausel begrenzt ist.

Grundsätzlich besteht Einigkeit darüber, daß der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle alle Rechtsätze entzogen sind, aus deren Materien sich Rechtsstreitigkeiten ergeben können, für die die Zuständigkeit eines besonderen Verwaltungsgerichts oder eines ordentlichen Gerichts ausschließlich begründet wäre.²⁾ Positiv abgegrenzt ist die Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts zur Überprüfung einer Rechtsnorm immer dann gegeben, wenn die aus ihrer Materie folgenden Rechtsstreitigkeiten ausschließlich in den Bereich der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit fallen.

¹ vgl. S. 68ff. und die Feststellungen auf S. 84/85

² Bad.-Württ.VGH, DVBl. 1960, S. 108; NJW 1963, S. 1687; Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 4; Wolff/Bachof III, § 165 III b 5; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 241; v. Engelhardt, S. 169; Stern, Festschrift, S. 71 ff.; Obermayer, Zehn Jahre VwGO, S. 149 ff.; Wolfram, S. 51; Wilken, Diss., S. 7 ff. (19); Schrickel, S. 31; Schenk, DVBl. 1976, S. 199

Nun ist es aber keine Seltenheit, daß die Rechtsvorschrift, deren Überprüfung beantragt wird, auch andere Materien beinhaltet, so daß die daraus resultierenden Rechtsstreitigkeiten nicht in den Bereich der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit fallen. Dies hat in der Praxis zu einigen Schwierigkeiten geführt.

Gelegentlich wird der Zuständigkeitsrahmen so weit gespannt, daß eine Überprüfung der Rechtsnorm durch das Oberverwaltungsgericht auch dann in Betracht kommt, wenn es sich um eine außerhalb der Kompetenz der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit liegende Materie handelt.¹⁾

Dem liegt der Gedanke zugrunde, die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle werde ansonsten zu sehr eingeengt. Daher müsse über Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle auch auf außerhalb des verwaltungsrechtlichen Bereichs liegende Rechtsvorschriften erstreckt werden,²⁾ zumal entsprechende Hinweise in der Literatur³⁾ weder in die Finanzgerichtsordnung noch in das Sozialgerichtsgesetz aufgenommen wurden.

¹ vgl. Stern, Festschrift, S. 71; Obermayer, Zehn Jahre VwGO, S. 151

² vgl. Stern, a.a.O.

³ Stern, a.a.O., verweist auf Ule, Entwurf eines Verwaltungsgerichtsgesetzes, Band 40 der Schriftenreihe der Hochschule Speyer, 1969

Stellungnahme:

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Schon die enge Anlehnung der Gerichtsbarkeitsklausel an § 40 Abs. 1 VwGO verbietet eine weite Interpretation des § 47 VwGO, die im übrigen dem Wortlaut der Gerichtsbarkeitsklausel zuwiderliefe. Die befürchtete Einengung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle müßte konsequenterweise dann auch für die anderen Verfahrensarten nach der Verwaltungsgerichtsordnung gelten, so daß die Generalklausel des § 40 Abs. 1 VwGO und gleichfalls die Verweisungsvorschriften in § 41 VwGO überflüssig wären. Die positive Erfahrung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle in der Vergangenheit¹⁾ sowie die umfassende Neufassung des § 47 VwGO mit dem Ausbau des Rechtsschutzes, insbesondere der großzügigen Auslegung des Nachteilsbegriffes, der durch die unmittelbar wirkende Rechtsvorschrift eine weitere Dimension erhalten hat, zeigen, daß die Bedeutung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle noch weiter zunehmen wird. Daneben sind die Rechtsvorschriften, die den Bereich der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit berühren, so umfangreich, daß von daher eine Einengung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle durch die Gerichtsbarkeitsklausel nicht befürchtet zu werden braucht.

¹ vgl. S. 29

Auch aus dem Gesichtspunkt eines möglichen Sachzusammenhangs unter Einbeziehung prozeßökonomischer Gedanken ist keine andere Beurteilung zulässig.

Ein sachlicher Zusammenhang ist schon deshalb zu verneinen, weil die Rechtsvorschriften mit dem Inhalt verschiedener Gerichtsbarkeitsmaterien eine selbständige Bedeutung aufweisen, die von der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der anderen "Sache" (Materie) unberührt bleibt, was insbesondere bei den strafrechtlichen Komponenten einer Rechtsvorschrift deutlich wird. Zwar könnte man zu einem Sachzusammenhang kommen, wenn eine öffentlich-rechtliche Norm im verwaltungsgerichtlichen Verfahren für unwirksam erklärt und die ihr folgende Strafbewehrungsvorschrift bedeutungslos würde, jedoch gilt in aller Regel eine Strafbewehrungsvorschrift in untergesetzlichen Rechtsnormen für mehrere gesetzliche Tatbestände. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, steht die Zulässigkeit einer Normenkontrolle in Frage. Denn durch die Rechtsvorschrift selbst ist ein Nachteil nicht ersichtlich, und eine Anwendung der Rechtsvorschrift mit einem daraus resultierenden Nachteil scheidet mangels einer zugrundeliegenden "Bezugsvorschrift" aus. Schließlich kann § 47 VwGO nicht für andere Materien herangezogen werden, um mögliche Lücken zu schließen. Dies hätte zur Voraussetzung, daß eine ausfüllungsfähige und ausfüllungsbedürftige Lücke vorhanden ist. Eine solche kann jedoch nicht festgestellt werden. War schon früher - entgegen der Entwürfe zum Gesetz über das sozialgerichtliche Verfahren - die prinzipale Normenkon-

trolle ausgeklammert,¹⁾ so sind in den Änderungen der Vorschriften des Sozialgerichtsgesetzes und der Finanzgerichtsordnung trotz der parallelen Neufassung des § 47 VwGO keine Anstalten zur Einführung einer prinzipialen Normenkontrolle gemacht worden. Der Gesetzgeber hat also bewußt in diesen Verfahrensordnungen eine Lücke gelassen, so daß schon von daher eine entsprechende Anwendung ausscheidet.

Im übrigen folgt ungeachtet des Wortlautes des § 47 VwGO aus der genetischen Interpretation die Unzulässigkeit einer Präjudizierung anderer Gerichtsbarkeiten. Wie den amtlichen Begründungen zur alten Fassung des § 47 VwGO zu entnehmen ist,²⁾ würde eine Überordnung des Oberverwaltungsgerichts dem Grundsatz der Gleichwertigkeit der einzelnen Gerichtszweige zuwiderlaufen und das gegenseitige Verhältnis stören.

Da der Feststellung der Ungültigkeit einer Norm in einem prinzipialen Normenkontrollverfahren eine allgemeinverbindliche Wirkung zukommt, bedingen schon Gründe der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, daß derartige Entscheidungen bei wenigen Gerichten zu konzentrieren sind. Daß prinzipiale Normenkontrollen beim Bundesverfassungsgericht angesiedelt sind, versteht sich von selbst. Wenn darüber hinaus in der Bundesrepublik Deutschland

¹ vgl. Nachweis bei Wolfram, S. 53

² BT-Drucks. 3/55, S. 33

im Gegensatz zu anderen Ländern¹⁾ eine prinzipale Normenkontrolle für die Materien der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht, so hat das seinen guten Grund. In keiner anderen Gerichtsbarkeit wird der Bürger so häufig und einschneidend durch untergesetzliche Rechtsnormen berührt, wie in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Insbesondere die verbesserten Planungsmöglichkeiten der Gemeinden haben dazu geführt, daß der Rechtsschutz des Bürgers bei Vollzug der Rechtsnorm häufig zu spät kommt.²⁾ Daneben folgt aus der kommunalen Rechtsetzung, insbesondere bei kleinen Gemeinden, daß mangels eines ausgewogenen juristischen Willensbildungsprozesses zahlreiche Fehler auftreten können und insoweit die Normenkontrolle eine Reihe von Klagen entbehrlich machen könnte. Die aufgezeigte praktische Bedeutung in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit ist bei den anderen Gerichtsbarkeiten nicht zu erkennen. Das bedeutet aber nicht, daß der Bürger insoweit rechtsschutzlos wäre. Vielmehr ist es ihm möglich, bei unmittelbarer und gegenwärtiger Verletzung durch die Rechtsvorschrift mangels eines gegebenen Rechtsweges wie bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle sofort die Verfassungsbeschwerde gem. §§ 90 ff. BVerfGG zu erheben.

Somit steht fest, daß das Oberverwaltungsgericht aufgrund der Gerichtsbarkeitsklausel nur die Bestimmungen des untergesetzlichen Landesrechts überprüfen kann, die dem Bereich der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit angehören.

¹ In Österreich wird die Normenkontrolle von Rechtsverordnungen nur durch den Verfassungsgerichtshof vorgenommen. Vgl. zur österreichischen Rechtslage Haller, in: Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk, S. 553 (555)

² vgl. BR-Drucks. 533/75, S. 6 ff.

Dennoch hat die Vergangenheit gezeigt, daß die Bestimmung dieses Bereichs nicht immer einfach ist. Dies zeigt sich besonders bei den sogenannten Sperrbezirksverordnungen.¹⁾ Teilweise wird in ihnen eine rein strafrechtliche Vorschrift gesehen, so daß die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle gem. § 47 VwGO auszuschneiden habe.²⁾ Mit guten Gründen geht die gegenteilige Auffassung³⁾ davon aus, daß der Sperrbezirksverordnung neben dem strafrechtlichen auch ein präventiv-polizeilicher Charakter zukomme und somit eine Überprüfung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren zulässig sei.⁴⁾

Zusammenfassend ist festzustellen, daß sich die Gerichtsbarkeitsklausel in § 47 VwGO eng an § 40 VwGO anlehnt und die Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte zur Überprüfung von Rechtsvorschriften insoweit gegeben ist, als die Vorschrift einen öffentlich-rechtlichen Inhalt hat und die Nachprüfung dieses Inhalts nicht anderen Gerichtsbarkeiten eingeräumt ist.

¹ § 184 a StGB in der Fassung vom 2.1.1975 (BGBl. I S. 1 ff.)

² Bad.-Württ.VGH, NJW 1968, S. 2076; ebenso Kopp, § 47 Rdnr. 18

³ BayVGh, NJW 1972, S. 2149; Obermayer, Zehn Jahre VwGO, S. 151/152; Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 6; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 241/242

⁴ Weitere Beispiele, bei denen die Bestimmung des Rechtscharakters der Vorschrift Schwierigkeiten bereiten kann, finden sich bei Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, S. 270 unter Hinweis auf Art. 38 Abs. 2 der Bay. Gemeindeordnung, der sowohl bürgerlich- als auch öffentlich-rechtlichen Charakter aufweist sowie bei Stern, JuS 1963, S. 68 ff. (69) unter Hinweis auf die möglichen Maßnahmen der Deutschen Bundesbank.

IV. Das Verhältnis zu anderen Normenkontrollverfahren unter Berücksichtigung des Vorbehalts
der verfassungsgerichtlichen Kontrolle-----

1. Allgemeines

Die alte Vorbehaltsklausel in § 47 VwGO - auch als die unglücklichste Formulierung in der gesamten Verwaltungsgerichtsordnung bezeichnet¹⁾ - und das Verhältnis zu anderen Normenkontrollverfahren hatte in der Vergangenheit eine Fülle von Problemen aufgeworfen, die in der Literatur zu den schwierigsten und umstrittensten gehörten.²⁾ Die insoweit erhobene Kritik, die zum Teil sehr heftig geübt wurde,³⁾ führte zu einer grundlegenden Neufassung der Vorbehaltsklausel. Daß dem Gesetzgeber die Klärung der zahlreichen Streitfragen ein besonderes Anliegen war, zeigt schon der breite Raum, den er in den amtlichen Begründungen dieser Problematik gewidmet hat.⁴⁾ Zwangsläufig stellt sich die Frage, ob dies dem Gesetzgeber gelungen ist.⁵⁾ Geht man von der Feststellung der Begründung der Bundesregierung zur Änderung des § 47 VwGO "Die umstrittene Vorbehaltsklausel des geltenden § 47 VwGO entfällt" aus,⁶⁾ so ist die Frage positiv zu beantworten. Indes scheint dies aber nicht

¹ Menger/Erichsen, VerwArch 58 (1967), S. 384

² Erichsen, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, S. 167

³ z.B. Bachof, AöR 86 (1961), S. 193 "mißgestalteter Torso"

⁴ vgl. BR-Drucks. 533/75, S. 8 ff.

⁵ Birk, DVBl. 1978, S. 161 stellt diese Frage an den Beginn seiner Abhandlung.

⁶ BT-Drucks. 7/4324, S. 7 ff.

eindeutig zu sein, anderenfalls wären die in-
zwischen zahlreich erschienenen Stellungnahmen
nicht zu erklären.¹⁾

Eine vollständige Ausräumung der Probleme wird
schon deshalb auf Schwierigkeiten stoßen, weil,
im Gegensatz zu anderen Ländern,²⁾ die prinzi-
pale Normenkontrolle auf die Verfassungs- und
Verwaltungsgerichtsbarkeit verteilt ist.

War die Vermeidung der Doppelspurigkeit der Über-
prüfung einer Rechtsnorm und einer möglicherweise
eintretenden unterschiedlichen Entscheidung früher
der Grund für die Annahme einer generellen verfas-
sungsgerichtlichen Nachprüfbarkeit, so stellt sich
dieses nach der neugefaßten Vorbehaltsklausel nach
§ 47 Abs. 3 VwGO anders dar. Danach prüft das Ober-
verwaltungsgericht die Vereinbarkeit der Rechtsvor-
schrift mit Landesrecht nicht, soweit gesetzlich
vorgesehen ist, daß die Rechtsvorschrift ausschließ-
lich durch das Verfassungsgericht eines Landes nach-
prüfbar ist. Die Reduzierung des Vorbehalts zugun-
sten der Landesverfassungsgerichtsbarkeit³⁾ wirkt

¹ Auf die einzelnen Stellungnahmen wird noch ein-
zugehen sein.

² Beispielsweise wird die Normenkontrolle von Rechts-
verordnungen in Österreich nur durch den Verfas-
sungsgerichtshof vorgenommen. Vgl. zur österrei-
chischen Rechtslage die ausführliche Darstellung
von Haller, in: Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk,
S. 553 (555)

³ Die eindeutige Fassung der Vorbehaltsklausel in
§ 47 Abs. 3 VwGO, insbesondere die Reduzierung
des Vorbehalts auf die Landesverfassungsgerichts-
barkeit, erfordert es nun nicht mehr, in Überle-
gungen einzutreten, wie der Begriff "gesetzlich"
auszulegen ist. Nach der alten Fassung des § 47
VwGO kam man im Wege der genetischen - vgl. Be-
richt des Rechtsausschusses des Deutschen Bundes-
tages, BT-Drucks. I 1094, S. 36 ff. - und der
grammatischen - vgl. Satz 1 der alten Fassung:
"Landesgesetzgebung", "landesrechtliche" Verord-
nungen, unter dem "Landesgesetz", nicht aber "so-
weit landesgesetzlich vorgesehen ist" - Auslegung
zur generellen verfassungsgerichtlichen Nachprüf-
barkeit.

sich - wie noch zu zeigen sein wird - mit Sicherheit auf das Verhältnis der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle zu den Normenkontrollverfahren sowie der Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht aus.

2. Die abstrakte und konkrete Betrachtungsweise

Eine besonders zentrale Frage im Rahmen der Vorbehaltsklausel war bislang der Streit um die abstrakte und konkrete Betrachtungsweise.

Nach der abstrakten Betrachtungsweise war die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle bereits dann ausgeschlossen, wenn die zugrundeliegende Rechtsnorm auf Antrag irgendeines Antragstellers verfassungsgerichtlich überprüft werden konnte. Während sich in der Literatur zahlreiche Autoren dieser Auffassung anschlossen,¹⁾ blieb dies in der Rechtsprechung ein Einzelfall,²⁾ was letztlich für die Praxis von entscheidender Bedeutung war. Es bedarf keiner vertiefenden Erörterung, zu welcher Bedeutungslosigkeit die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle bei dieser Betrachtungsweise degradiert wird, was auch schon die Statistik über die anhängigen Verfahren in den einzelnen Bundesländern veranschaulicht.³⁾

¹⁾ vgl. Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 56 ff.; ders., DÖV 1961, S. 266; Bettermann, AöR 86 (1961), S. 164; weitere Nachweise bei Schrickel, S. 83 FN 3. Nach der Neufassung neigen dieser Auffassung ausgehend vom Wortlaut des § 47 Abs. 3 VwGO wohl auch Kopp, § 47 Rdnr. 45; Schenke, NJW 1978, S. 676; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 251 ff. zu.

²⁾ OVG Bremen, DÖV 1961, S. 264; NJW 1970, S. 877 ff.

³⁾ vgl. BR-Drucks. 533/75, S. 15: Von 1970 - 1974 waren in Bremen lediglich 4 Normenkontrollverfahren anhängig. Demgegenüber waren es in Baden-Württemberg 259 Normenkontrollverfahren.

Weitaus großzügiger erwies sich die konkrete Betrachtungsweise, die schon bis zur Neufassung des § 47 VwGO überwiegend vertreten wurde.¹⁾ Sie stellte darauf ab, ob gerade dem betreffenden Antragsteller des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens eine verfassungsgerichtliche Überprüfung möglich war.

Schließlich wurde ein noch weiterer Weg gegangen, indem im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes verlangt wurde, daß im konkreten Fall der Verfassungsstreit zumindest erhoben war.²⁾ Diese nicht weiter ausgeführte Ansicht stieß jedoch an ein Problem, das leicht übersehen werden konnte. Der Rechtsschutz war nämlich stets dann in Gefahr, wenn bei der Möglichkeit einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung allein auf deren Statthaftigkeit abgestellt wurde. Denn fehlte es an einer anderen Zulässigkeitsvoraussetzung, so waren dem Antragsteller sowohl der Verfassungs- als auch der Verwaltungsrechtsweg hinsichtlich der Normenkontrolle versperrt.³⁾ Insoweit konnte der Rechtsschutz durch die oben angeführte Auffassung, daß im konkreten Fall der Verfassungsstreit zumindest erhoben sein müsse, sicherlich besser gewährleistet werden, als wenn das Oberverwaltungsgericht inzident die Statthaftigkeit oder Zulässigkeit einer verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle "nachwies".

¹ vgl. Herzog, BayVBl. 1961, S. 369 ff.; Bachof, DOV 1964, S. 9 ff.; Obermayer, DVBl. 1965, S. 628 ff.; Wilken, Diss., S. 56 ff.; Wolfram, S. 110 ff.; Fink, JuS 1968, S. 86; OVG Lüneburg, NJW 1969, S. 2219 ff.; Bad.-Württ. VGH, NJW 1969, S. 203 ff.; HessVGH, DVBl. 1969, S. 555

² Soweit ersichtlich, wird dies lediglich von Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 8 vertreten.

³ vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 167

Hatte sich im Laufe der Zeit die konkrete Betrachtungsweise sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung durchgesetzt,¹⁾ so hat sich die Problematik nach der Neufassung des § 47 VwGO dahingehend verschoben, daß nunmehr unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen, ob sich der bisherige Meinungsstreit erledigt hat.

a) Der Anwendungsbereich der Vorbehaltsklausel gem.
§ 47 Abs. 3 VwGO

Die Problematik beginnt bereits mit der Frage des Anwendungsbereiches der Vorbehaltsklausel. So wird die Auffassung vertreten, den Anwendungsbereich lediglich auf die Rechtsvorschriften im Sinne des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO zu beschränken,²⁾ weil das Landesrecht nur im Rahmen des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO die ausschließliche Prüfung dem Verfassungsgericht vorbehalten könne.

Vorherrschend ist jedoch die entgegenstehende Ansicht, wonach die Vorbehaltsklausel auch für die Rechtsvorschriften im Sinne des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zu gelten habe.³⁾

¹ vgl. oben FN 1 S. 98

² vgl. Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 8; Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 6

³ vgl. Kopp, § 47 Rdnr. 36; ders., NJW 1976, S. 1964; Birk, DVBl. 1978, S. 161; Schenke, NJW 1978, S. 672; Schunck/De Clerk, § 47 Anm. 4 b; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 252; Knöpfle, S. 190 ff.

Stellungnahme:

Mit der herrschenden Meinung ist davon auszugehen, daß die neugefaßte Vorbehaltsklausel gem. § 47 Abs. 3 VwGO sämtliche Rechtsvorschriften gem. § 47 Abs. 1 VwGO betrifft.

Der ~~Gegenmeinung~~ hätte nur dann ein Gewicht zukommen können, wenn es sich bei den zu überprüfenden Rechtsvorschriften im Sinne des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO um Bundes- und nicht um Landesrecht handeln würde. Dann hätte Art. 31 GG nicht unbeachtet bleiben dürfen.¹⁾ Die bundesweite Einführung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle für Rechtsvorschriften im Sinne des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO bedeutet jedoch nicht gleichzeitig, daß diese Bundesrecht darstellen. Vielmehr liegt nach fast einhelliger Auffassung stets Landesrecht vor, wenn von einem Landesorgan aufgrund bundesgesetzlicher Ermächtigung Rechtsvorschriften erlassen werden.²⁾

¹ vgl. Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 8

² vgl. BVerfGE 18, S. 407; HessVerfGH, DVBl. 1970, S. 217 mit Anm. von Gross; zustimmende Anm. von Kratzer, BayVBl. 1965, S. 265 zum Beschl. des BVerfG in E 18, S. 407 (418); Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 31 Rdnr. 8; Art. 80 Rdnr. 45; Redeker/von Oertzen, § 137 Rdnr. 7; auch Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 14 gehören zur h.M., so daß schon von daher deren Auffassung hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Vorbehaltsklausel nicht recht verständlich ist.
a.A.: Wolff, AöR 78 (1952/1953), S. 215; Menger/Ericksen, VerwArch 57 (1966) S. 64

Im übrigen ist auf die verfassungsrechtlichen Bedenken hinzuweisen, soweit in den § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO genannten Rechtsvorschriften eine abschließende Regelung erblickt wird.¹⁾ Denn der Bund kann aus Art. 74 Nr. 1 GG keine Befugnis zur Beseitigung der im Landesrecht vorgesehenen Vorbehalte zugunsten einer landesverfassungsgerichtlichen Normenkontrolle ableiten, weil es sich bei der Landesverfassungsgerichtsbarkeit um eine ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit der Länder handelt, die nicht dem Bereich des Art. 74 Nr. 1 GG zugeordnet werden kann.²⁾

Darüber hinaus sind die Argumente der herrschenden Meinung, die sich mit Recht an der Systematik und an dem Wortlaut des Gesetzes orientiert, einleuchtend.

Zum einen fällt bereits die äußere Systematik, die in der gesonderten Anordnung der Vorbehaltsklausel in Abs. 3 des § 47 VwGO zum Ausdruck kommt, ins Auge.³⁾ Wollte man eine andere Auffassung vertreten, müßte man davon ausgehen, daß die Vorbehaltsklausel noch in § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO enthalten ist. Gerade hier liegt aber ein Kernbereich der Neufassung des § 47 VwGO, in dem die Vorbehaltsklausel aus Abs. 1 gänzlich weggefallen ist und ihren Niederschlag in der gesonderten Regelung des Abs. 3 gefunden hat.

¹ vgl. die Ausführungen bei Kopp, § 47 Rdnr. 36, der die Ansicht Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 8 offenbar dahingehend auslegt.

² vgl. dazu Schenke, NJW 1978, S. 673

³ Darauf weist auch Schenke, a.a.O., S. 672 hin.

Zum anderen führt auch die grammatische Interpretation zu diesem Ergebnis. Wie in § 47 Abs. 3 VwGO - dort gleich an zwei Stellen - , ist auch in § 47 Abs. 2 Satz 1, 2 und 3, Abs. 4 und Abs. 6 Satz 2 VwGO von der Rechtsvorschrift die Rede, so daß sich für einen differenzierten Anwendungsbereich keine Anhaltspunkte ergeben.

Im übrigen wäre eine derartige Anwendung der Vorbehaltsklausel auch aus verfahrensrechtlichen Gründen abzulehnen. Wie bereits mehrfach ausgeführt,¹⁾ geht die Prozeßordnung von einem einheitlichen Verfahren aus, das nicht noch einmal in sich aufgespalten werden kann.

Letztlich findet die herrschende Meinung ihre Stütze auch im Wege der genetischen Interpretation. Die amtlichen Begründungen sprechen im Zusammenhang mit der Vorbehaltsklausel gem. Abs. 3 eindeutig von den in Abs. 1 genannten Normen.²⁾

Somit steht fest, daß sich der Anwendungsbereich der neu gefaßten Vorbehaltsklausel gem. § 47 Abs. 3 VwGO sowohl auf die in § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO als auch auf die in § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO genannten Rechtsnormen bezieht.

¹ z.B. S. 82

² vgl. BT-Drucks. 7/4324, S. 10

b) Der Inhalt der neugefaßten Vorbehaltsklausel

Mit dem alleinigen Vorbehalt hinsichtlich der Vereinbarkeit der Rechtsvorschrift mit Landesrecht ist im Umkehrschluß gesagt, daß die Vereinbarkeit der Rechtsvorschrift mit Bundesrecht uneingeschränkt überprüft werden kann. Dies ist ungeachtet der klaren Regelung auch der Wille des Gesetzgebers, was sich aus den amtlichen Begründungen entnehmen läßt.¹⁾ Daher braucht hinsichtlich des Bundesrechts als Prüfungsmaßstab selbst bei einem Vorbehalt gem. § 47 Abs. 3 VwGO keine der Betrachtungsweisen bemüht zu werden.²⁾ Daß jetzt Bundesrecht uneingeschränkt als Prüfungsmaßstab in Betracht kommt, ist einhellige Meinung. Das ergibt sich insbesondere auch aus der Vorlage an das Bundesverwaltungsgericht gem. § 47 Abs. 5 VwGO.

Im Gegensatz dazu geht der Streit zwischen abstrakter und konkreter Betrachtungsweise weiter, wenn die neugefaßte Vorbehaltsklausel zur Anwendung kommt, d.h., wenn die Rechtsvorschrift ausschließlich durch das Landesverfassungsgericht auf ihre Vereinbarkeit mit Landesrecht nachprüfbar ist.³⁾

¹ BR-Drucks. 533/75, S. 10; vgl. dazu auch Birk, DVBl. 1978, S. 162

² so wie hier die überwiegende Meinung, vgl. z.B. Birk, a.a.O., S. 163; Rasch, BauR 1977, S. 150; aber auch Kopp, § 47 Rdnr. 47

³ vgl. Schunck/De Clerck § 47 Anm. 4 b; Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 8; Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 8; Kopp, § 47 Rdnr. 44; ders., NJW 1976, S. 1964; Wolff/Bachof III, § 165 III b 6 Rdnr. 16 unter Bezug auf StGH Bremen, DÖV 1977, S. 595; Meyer-Ladewig, DVBl. 1976, S. 206/207; Rasch, a.a.O., S. 150; Schenke, NJW 1978, S. 676; Birk, a.a.O., S. 165; Löhr, DVBl. 1980, S. 18; Renck, NJW 1980, S. 1024; Knöpfle, S. 188; Erichsen, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, S. 168; Pestalozza, S. 100

Dabei liegt völlige Übereinstimmung vor, daß die ausschließliche Normierung klar und zweifelsfrei zum Ausdruck bringen muß, daß eine alternative Überprüfung der Rechtsnorm ausscheidet.¹⁾

Im wesentlichen spitzt sich der Streit auf die Frage zu, ob die neu eingeführte Ausschließkeitsregelung abstrakt oder konkret zu interpretieren ist.²⁾ Obwohl der Wortlaut der Ausschließkeitsregelung, insbesondere die Formulierung "nachprüfbar" - ohne dabei nach Antragstellern zu differenzieren - mehr für die abstrakte Betrachtungsweise sprechen könnte,³⁾ erübrigt sich eine Stellungnahme dahingehend, welcher Auffassung man sich anschließt. Auch wenn sich nach wie vor ein Großteil in der Literatur⁴⁾ in dieser Problematik ergeht, kann festgestellt werden, daß der Streit zwischen abstrakter und konkreter Betrachtungsweise durch die Neufassung des § 47 VwGO obsolet geworden ist, da der gesamte Fragenkomplex in sich zusammenfällt.⁵⁾ Das ergibt sich

¹ vgl. Knöpfle, S. 194/195; Birk, DVBl. 1978, S. 162

² abstrakte Betrachtung: vgl. Schenke, NJW 1978, S. 677; Kopp, § 47 Rdnr. 45
konkrete Betrachtung: vgl. Erichsen, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, S. 168; ferner Birk, a.a.O., S. 165, wonach § 47 Abs. 3 VwGO so zu lesen wäre: ".....soweit....nachprüfbar ist".

³ Auf die daraus resultierende geringe Bedeutung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle wurde bereits hingewiesen, vgl. S. 97

⁴ vgl. S. 103 FN 3

⁵ vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 167, Köpp, JuS 1979, S. 128 FN 19

aus folgendem:

Zunächst ist voranzustellen, daß die Bedeutung dogmatischer Fragen stets auf dem Hintergrund ihrer praktischen Relevanz zu bewerten ist. Diese ist jedoch vorliegend nicht erkennbar.¹⁾ In einigen Bundesländern bestehen landesverfassungsrechtliche Regelungen zugunsten der Verfassungsgerichtsbarkeit.

Erwähnenswert sind im Rahmen der Vorbehaltsklausel des § 47 Abs. 3 VwGO die landesverfassungsrechtlichen Regelungen in Bayern und Hessen, die aber keine besonderen Probleme aufwerfen.²⁾

Nach Art. 98 Satz 4 BayVerf. kann eine untergesetzliche Landesnorm im Wege der Popularklage überprüft werden. Wie sich aus Art. 53 VerfGHG ergibt, kann die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder einer Verordnung wegen unzulässiger Einschränkung eines Grundrechts von jedermann durch Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof geltend gemacht werden. Wegen der fehlenden Exklusivität der Kompetenzzuweisung kann die Vorbehaltsklausel gem. § 47 Abs. 3 VwGO keine Anwendung finden.³⁾

¹ Teilweise wird die geringe Bedeutung der Vorbehaltsklausel auch in der Literatur erkannt, vgl. Tschira/Schmitt Glaeser, S. 251; Schenke, NJW 1978, S. 677; Birk, DVBl. 1978, S. 166

² Für Schleswig-Holstein begründet die Landesgesetzgebung die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für Verfassungsstreitigkeiten des Landes, so daß § 47 Abs. 3 VwGO ohnehin nicht zum Zuge kommen kann.

³ wie hier: Birk, DVBl. 1978, S. 163; Knöpfle, S. 200; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 252
a.A.: Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 8 a; Kopp, § 47 Rdnr. 40; Schenke, NJW 1978, S. 679

Dem Ausschließlichkeitserfordernis des § 47 Abs. 3 VwGO trägt dagegen Art. 132 HessVerf. Rechnung, denn "nur der Staatsgerichtshof trifft die Entscheidung darüber, ob ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung mit der Verfassung in Widerspruch steht". Von vornherein ist die Bedeutung dieser Vorschrift für die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle schon dadurch eingeschränkt, daß von der Vorbehaltsregelung des § 47 Abs. 3 VwGO nur die nach der Rechtsprechung des Hessischen Staatsgerichtshofes unter den Begriff der Rechtsverordnung im Sinne des Art. 132 HessVerf. fallenden Rechtsverordnungen der Landesregierung und der Minister betroffen werden.¹⁾ Insoweit verbleibt es bei der Mehrzahl der Rechtsvorschriften bei der möglichen Überprüfung durch den Hessischen Verwaltungsgerichtshof. Aber auch hinsichtlich der Rechtsverordnungen der Landesregierung und der Minister ist der Frage abstrakte oder konkrete Betrachtungsweise der Boden entzogen. Denn nach § 48 Abs. 3 StGHG findet ein verfassungsgerichtliches Verfahren wegen Verletzung eines Grundrechts nur statt, wenn der Antragsteller eine Entscheidung des höchsten in der Sache zuständigen Gerichts herbeigeführt hat und innerhalb eines Monats seit Zustellung der Entscheidung den Staatsgerichtshof anruft. Diese zweifache Einschränkung zwingt zu einer konkreten Betrachtung, anderenfalls wäre dem Antragsteller sowohl der Verfassungs- als auch der Verwaltungsrechtsweg verschlossen.²⁾

¹ vgl. HessVGH, DVBl. 1969, S. 554 (557), obwohl sich im Wortlaut des Art. 132 HessVerf. dafür keine Anhaltspunkte finden lassen

² vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 167

Schließlich ist noch danach zu fragen, ob die Vorbehaltsklausel zur Anwendung kommt und folglich wie sie zu interpretieren ist, wenn lediglich eine parlamentarische Minderheit das Landesverfassungsgerichtliche Normenkontrollverfahren beantragen kann.¹⁾ Derartige Regelungen befinden sich in fast allen Länderverfassungen,²⁾ so daß diese Frage - insbesondere wegen ihrer praktischen Relevanz - einer Entscheidung zugeführt werden muß.

Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung mit dieser Frage muß der Verfahrenscharakter der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle einerseits und der der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle andererseits stehen.³⁾

Die landesverfassungsgerichtlichen prinzipialen Normenkontrollen mit dem Antragsrecht eines Parlamentsquorums entsprechen der Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG. Ihnen kommt daher gleichfalls ein objektiver Beanstandungscharakter zu. Die Antragsteller - das Parlamentsquorum - werden als Sachwalter der Allgemeinheit tätig und beabsichtigen damit insbesondere die Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes gem. Art. 20 Abs. 3 GG. Der Einheit der Rechtsordnung kommt dabei eine derartig überragende Bedeutung zu, daß auch von einer Minderheit zu beachtende Initiativen ausgehen können. Dies nimmt auch keinen Schaden dadurch, daß politische Motivationen mit einfließen können.

¹ Dieser Restbestand der Problematik wird aber nur vereinzelt erkannt. Soweit ersichtlich Birk, DVBl. 1978, S. 165/166; Schenke, NJW 1978, S. 678

² z.B. Art. 75 Nr. 3 Verf.NW; Art. 42 Abs. 1 Nr. 2 vorl. Nds.Verf.; Art. 68 Abs. 1 Nr. 2 Bad.-Württ. Verf.

³ An dieser Stelle sei auf die Ausführungen bei Schenke, NJW 1978, S. 678 verwiesen, die insoweit lediglich zu vertiefen sind.

Ganz anders verhält es sich mit der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle. Sie ist zumindest auch ein subjektives Rechtsschutzverfahren, was in besonderem Maße bei der Person gem. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO ausgeprägt ist. Zwar wäre es denkbar, bei der antragstellenden Behörde eine andere Betrachtung anzustellen. Doch gilt auch hier, daß Elemente des Rechtsschutzes gegeben sind, wenn eine Behörde im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren den Antrag stellt. Insofern hebt sich diese Normenkontrolle von der durch politische Instanzen einleitbaren Normenkontrolle ab. Wenn man dann weiter berücksichtigt, daß die Landesregierung, als entsprechende politische Instanz in einem landesverfassungsgerichtlichen prinzipialen Normenkontrollverfahren ohnehin die Kompetenz besitzt, untergesetzliche Rechtsvorschriften des Landesrechts, die sie für ungültig hält, zu beseitigen oder beseitigen zu lassen,¹⁾ so zeigt sich die fehlende Bedeutung der Vorbehaltsklausel um ein weiteres. Denn angesichts der eigenen Verwerfungskompetenz würde es für eine Überprüfung der Rechtsvorschrift im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren am Rechtsschutzbedürfnis mangeln. Zumindest könnte man sich auf das Gleis zurückziehen, daß die Frage dahingestellt bleiben kann, ob die Vorbehaltsklausel zum Zuge kommt. Die Befürchtung, daß hier einem Antragsteller mehrere prinzipiale Normenkontrollen zur Wahl stehen,²⁾ wäre damit ausgeräumt.

¹ vgl. Vehse/Hammann, Gemeindetag 1976, S. 69

² vgl. Schenke, NJW 1978, S. 678

Besonders schwer wiegt in diesem Zusammenhang, daß mit der Beschränkung des Kreises der Antragsteller bei Anwendung der Vorbehaltsklausel dem Landesgesetzgeber ein Instrument an die Hand gegeben wäre, die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle für die Person gem. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO auszuschließen. Das wäre aber verfassungsrechtlich bedenklich, weil dann der Rechtsschutz verkürzt würde. Der Landesgesetzgeber könnte sogar den § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO eliminieren.

Aus den vorstehenden Gründen können die landesverfassungsgerichtlichen objektiven Normenkontrollen, bei denen der Kreis der Antragsteller auf eine Minderheit des Landesparlaments oder auf die Landesregierung beschränkt ist, keinen Ausschluß der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle bewirken.¹⁾

Um jeglichen Mißverständnissen vorzubeugen und dem Vorwurf entgegenzutreten, man habe doch eine konkrete Betrachtung angestellt, ist zu betonen, daß die Ergebnisse wohl identisch sind, jedoch auf unterschiedlichen Schienen zum Ziele führen. Während dort vom Wortlaut eine abstrakte Betrachtung erkannt, wegen gewichtiger Gründe aber eine konkrete Betrachtungsweise bevorzugt wird,²⁾ zeigt sich hier ein ganz anderer Weg auf, der dem Verfahrenscharakter der verschiedenen prinzipialen Normenkontrollen und dem Rechtsschutz der Antragsteller Rechnung trägt sowie zu einer sauberen dogmatischen Lösung führt.

¹ so auch Schenke, NJW 1978, S. 678

² so Birk, DVBl. 1978, S. 165

Nach alledem ist nachgewiesen, daß sich der Streit um die abstrakte und konkrete Betrachtungsweise erledigt hat. Eine praktische Relevanz der Vorbehaltsklausel gem. § 47 Abs. 3 VwGO ist im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht ersichtlich. Die Berechtigung der Vorbehaltsklausel erscheint daher zweifelhaft, so daß sich die berechnigte Frage stellt, ob es nicht besser sei, sie völlig zu streichen,¹⁾ zumal angesichts der an ihr zuweilen heftig geübten Kritik eine gewisse Voreingenommenheit - auch gegenüber der neugefaßten Vorbehaltsklausel - nicht ausgeschlossen werden kann.

Ungeachtet der vorstehenden Ausführungen ist noch auf die Vorschrift des § 47 Abs. 4 VwGO hinzuweisen. Danach kann das Oberverwaltungsgericht anordnen, daß - wenn ein Verfahren zur Überprüfung der Gültigkeit der Rechtsvorschrift bei einem Verfassungsgericht anhängig ist - die Verhandlung bis zur Erledigung des Verfahrens vor dem Verfassungsgericht auszusetzen sei. Damit wird belagt, daß die prinzipialen verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren mit Beschränkung des Kreises der bei ihnen Antragsbefugten die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nicht ausschließen können. Denn die Vorschrift des § 47 Abs. 4 VwGO würde bei einer anderen Beurteilung ins Leere gehen, insbesondere dann, wenn man bei ihr nur auf landesverfassungsgerichtliche Verfahren abstellt.²⁾

¹⁾ so schon der Entwurf von Meyer, Zehn Jahre VwGO, S. 177 (ohne Vorbehaltsklausel); Wilken, DVBl. 1969, S. 536 "für unbeachtlich zu erklären"; Menger/Erichsen, VerwArch 58 (1967), S. 384; Bachof, AöR 86 (1961), S. 193 "Mißgestalteter Torso"

²⁾ so Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 29. Auf die Aussetzung des Normenkontrollverfahrens bei anhängigem verfassungsgerichtlichen Verfahren wird noch näher einzugehen sein.

3. Das Verhältnis zwischen § 47 Abs. 3 VwGO und
Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG

Wurde das Verhältnis beider Prinzipalkontrollen früher im wesentlichen durch die Entscheidung "abstrakte oder konkrete Betrachtungsweise" in der Weise bestimmt, daß bei abstrakter Betrachtungsweise angesichts der begrenzten Antragsmöglichkeit gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG dem Bürger die Einleitung einer Überprüfung unter dem Landesgesetz stehender Rechtsvorschriften nicht möglich war, so ist diese Frage bereits durch die Reduzierung des Vorbehalts zugunsten der Landesverfassungsgerichtsbarkeit gelöst.¹⁾ Es spielt daher für die Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle keine Rolle, wenn die Möglichkeit einer Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG besteht. Vielmehr ergibt sich daraus mittelbar ein gewisser Entlastungseffekt zugunsten der Verfassungsgerichtsbarkeit.²⁾ Damit ist dem bisherigen umfangreichen Meinungsstreit, dessen zentrale Kernpunkte die Doppelspurigkeit der prinzipialen Überprüfung sowie die unterschiedlichen Zielvorstellungen der Verfahren waren, nunmehr die Grundlage entzogen worden.³⁾ Insbesondere ist angesichts des um-

¹ Soweit ersichtlich vertritt nur noch Renck, NJW 1980, S. 1024, 1026 den Ausschließlichkeitscharakter der bundesverfassungsgerichtlichen Normenkontrolle.

² vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 166

³ vgl. zum früheren Meinungsstreit, der überwiegend bereits iSd heutigen Neufassung geführt wurde: Mang, BayVBl. 1961, S. 273; Herzog, BayVBl. 1961, S. 371; König, DVBl. 1963, S. 86; Bachof, DÖV 1964, S. 11 ff.; Babel, S. 51, 57; Wolfram, S. 112 ff.; Wilken, Diss., S. 68 (77) ff.); Schrickel, S. 93 ff. a.A.: Klinger, § 47 Anm. B 6; Renck, zuletzt NJW 1980, S. 1024, 1026

fassenden Prüfungsmaßstabes im Verfahren gem. § 47 VwGO nunmehr ausgeschaltet, daß eine Rechtsvorschrift in zwei Normenkontrollverfahren überprüft wird, nämlich am Maßstab des Landesrechts gem. § 47 VwGO und am Maßstab des Bundesrechts gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG. Es liegt auf der Hand, wie wenig sinnvoll und dem Art. 20 Abs. 3 GG überhaupt nicht genügend eine Entscheidung gem. § 47 VwGO sein konnte, wenn sie die überprüfte Norm mit höherrangigem Landesrecht für vereinbar hielt, zu der Vereinbarkeit mit Bundesrecht selbst bei evidenten Mängeln keine Feststellungen treffen konnte.¹⁾

Dem in diesem Zusammenhang noch möglicherweise aufkommenden Einwand der Gefahr widersprechender Entscheidungen bei einem späteren Verfahren gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG treten bereits die amtlichen Begründungen entgegen.²⁾ Denn im Gegensatz zu § 25 VGG ist die Entscheidung über den Normenkontrollantrag mit dem Ergebnis, die zu überprüfende Norm sei im Hinblick auf Landes- und Bundesrecht nicht zu beanstanden, nicht allgemeinverbindlich, so daß das Normenkontrollverfahren gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG noch durchgeführt werden kann. Anders sieht es dagegen aus, wenn das Oberverwaltungsgericht mit allgemeinverbindlicher Wirkung zur Ungültigkeit der Rechtsvorschrift kommt. Gleich ob die Entscheidung eine ex-nunc- oder ex-tunc-Wirkung entfaltet, bleibt

¹ ein Umstand, auf den schon Bachof, DÖV 1964, S. 11 hinwies.

² BR-Drucks. 533/75, S. 10

für ein bundesverfassungsgerichtliches Normenkontrollverfahren kein Raum mehr, denn Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel können nicht mehr bestehen, Bei völlig parallel verlaufenden Verfahren greift - wie noch zu zeigen sein wird -¹⁾ § 47 Abs. 4 VwGO ein.

Die Reduzierung der Vorbehaltsklausel hat somit ein weiteres, in breitem Umfange diskutiertes Problem beseitigt.

4. Das Verhältnis zwischen § 47 VwGO und § 90 BVerfGG

Anders als im Verhältnis zu Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG wird das Verhältnis der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gem. § 47 VwGO zur Verfassungsbeschwerde gem. § 90 BVerfGG nicht durch eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung bestimmt.

Allerdings hat sich durch die Reduzierung des Vorbehalts gem. § 47 Abs. 3 VwGO zugunsten der Landesverfassungsgerichtsbarkeit die obige Fragestellung genau umgekehrt. Primär kommt es nicht mehr - wie nach der alten Fassung des § 47 VwGO - auf das Verhältnis von § 47 VwGO zu § 90 BVerfGG unter dem Blickwinkel der Zulässigkeit des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens,²⁾ sondern auf die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde an. Daher können die bislang bestehenden Fragen wie Interpretation der "öffentlichen Gewalt"³⁾ oder Zeitpunkt der Grundrechtsverletzung

¹⁾ und zwar betrifft dies die Frage, ob § 47 Abs. 4 VwGO auch bei bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren anwendbar ist.

²⁾ Darin liegt ein noch zu erörterndes Problem.

³⁾ Diese Frage ist bereits umfangreich im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 GG erörtert worden, vgl. S. 44 ff.

bei entsprechendem Vollzugsakt völlig außer acht gelassen werden.

Der letzteren Frage konnte für die Anwendung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle früher eine erhebliche Bedeutung zukommen. Denn dehnte man die Prüfungsbefugnis dahingehend aus, daß über Art. 2 Abs. 1 GG - Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit nur nach Maßgabe der Gesetze - jedermann die Möglichkeit hat, eine Rechtsvorschrift auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Bundes- oder Landesrecht - gleichgültig, ob es sich lediglich um materielle Rechtsquellen handelt - überprüfen zu lassen, war die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle weitgehend eliminiert und zur Bedeutungslosigkeit verurteilt.¹⁾

Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß sich die Konkurrenzfrage zwischen § 47 VwGO und § 90 BVerfGG schon nach der alten Fassung angesichts des in § 47 VwGO weiter gezogenen Zulässigkeitsrahmens nicht für die Fälle stellen konnte, in denen der Nachteil erst in absehbarer Zeit zu erwarten war.

Als zentrale Frage bleibt nach der Neufassung somit, ob das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO ein vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde zu erschöpfender Rechtsweg im Sinne von § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG ist.

Die bisherige Vorbehaltsklausel führte in der Vergangenheit dazu, die Subsidiaritätsklausel des § 90 Abs. 2 BVerfGG zu verneinen.²⁾

¹ Auch hier spielte die konkrete bzw. abstrakte Betrachtungsweise eine wichtige Rolle.

² ständige Rechtsprechung des HessVGh, vgl. bei Vehse/Hamann, Gemeindetag 1976, S. 65 FN 24; BayVGh, DVBl. 1963, S. 107 ff.; Wolfram, S. 126

In den letzten Jahren vor der Neufassung setzte sich aber zunehmend die Auffassung durch, der Subsidiaritätsklausel gem. § 90 Abs. 2 BVerfGG nach ihrem Sinn und Zweck mehr Gewicht beizumessen, als dies bisher der Fall war.¹⁾

Nach der Neufassung des § 47 VwGO wird mit Recht fast ausschließlich vertreten, daß das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren ein Rechtsweg im Sinne des § 90 Abs. 2 BVerfGG ist.²⁾

Den bisher vorgetragenen Gründen³⁾ braucht kaum noch etwas hinzugefügt zu werden. Das Ergebnis läßt sich bereits aus dem Umkehrschluß der von der Gegenansicht vorgetragenen Begründung, "das Verfahren nach § 47 VwGO könne mithin bereits begrifflich wegen seines Ausschlusses im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen des § 90 BVerfGG nicht ein notwendiges Vorverfahren für die Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht sein",⁴⁾ herleiten: Die Reduzierung des Vorbehalts zugunsten der Landesverfassungsgerichtsbarkeit eröffnet nunmehr direkt die Subsidiaritätsklausel gem. § 90 Abs. 2 BVerfGG. Dies entspricht dem primären Anliegen des Gesetzgebers, durch die Novellierung des § 47 VwGO den Rechtsschutz des

¹⁾ vgl. Schenk, DVBl. 1976, S. 203 m.w.N. (FN 86); Vehse/Hammann, Gemeindetag 1976, S. 65, 68; insbesondere Schrickel, S. 115 ff.

²⁾ vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 166/167; Erichsen, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, S. 168 FN 97; Kopp, NJW 1976, S. 1964; ders., § 47 Rdnr. 39; Birk, DVBl. 1978, S. 162; Meyer-Ladewig, DVBl. 1976, S. 207; Knöpfle S. 194; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 250; Köpp, JuS 1979, S. 128 FN 15, a.A. soweit ersichtlich nur Pestalozza, S. 267, 281 aber ohne Begründung.

³⁾ vgl. Nachweise FN 1 und 2

⁴⁾ Wolfram, S. 126

Bürgers zu verbessern.

Denn zum einen ist der Antragsteller nicht mehr auf zwei Verfahren angewiesen, um zu seinem Ziel zu gelangen, was die nunmehr der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle verliehene Effektivität zum Ausdruck bringt und sich im übrigen als Konsequenz des umfangreichen Prüfungsmaßstabes darstellt.

Zum anderen zeigt sich der erweiterte Rechtsschutz an dem bestehenden Stufenverhältnis zwischen beiden Verfahren. Die Verfassungsbeschwerde wird nämlich dann aktuell, wenn der Antragsteller in dem verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren erfolglos geblieben ist.

Darüber hinaus ergibt sich die Rechtswegqualität des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens durch genetische und teleologische Interpretation des § 47 VwGO: "Durch genetische insofern, als die amtliche Begründung sich selbst in dieser Richtung ausspricht, durch teleologische insofern, als es mit dem Zweck der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle vereinbar ist, an der Natur der Verfassungsbeschwerde als ultima ratio des Rechtsschutzes nicht zu rütteln".¹⁾ Folglich resultiert daraus eine unmittelbare Entlastung des Bundesverfassungsgerichts und ferner eine vorherige Entscheidung des Gerichts, das zu der beanstandeten Rechtsvorschrift eine größere Sachnähe aufweist.

Auch in dieser Hinsicht hat die Neufassung des § 47 VwGO zu einer eindeutigen Klärung geführt.

¹ vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 167

5. Die Vorbehaltsklausel als Zulässigkeits- oder
Begründetheitsvoraussetzung

Ein verbleibendes Problem stellt die Frage dar, ob bei Eingreifen der Vorbehaltsklausel mangels einer Maßstabnorm der verwaltungsgerichtliche Normenkontrollantrag unzulässig oder unbegründet wird.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, die Vorbehaltsklausel sei im Rahmen der Begründetheit zu überprüfen.¹⁾ Begründet wird dies damit, daß sich die Vorbehaltsklausel allein auf den Prüfungsmaßstab des Obergerichtes beziehe und diesen einschränke.²⁾

Überwiegend wird jedoch angenommen, daß die Vorbehaltsklausel auf die Bestimmung der Zulässigkeit des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens zielt.³⁾

¹ vgl. Tschira/Schmitt Glaeser, S. 248, 252; Rasch, BauR 1977, S. 150; wohl auch Schenke, NJW 1978, S. 676

² Tschira/Schmitt Glaeser, a.a.O.

³ vgl. insbesondere Renck, DÖV 1964, S. 1 ff.; Obermayer, DVBl. 1965, S. 625; Fink, JuS 1968, S. 89 FN 7, 19; Achterberg, VerwArch 1981, S. 168. Teilweise wird das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren im Zusammenhang mit der Vorbehaltsklausel lediglich für zulässig bzw. unzulässig erklärt, woraus gefolgert werden könnte, daß dieses Problem entweder nicht gesehen wurde oder die Zuordnung in die Zulässigkeitsstation für selbstverständlich gehalten wird, vgl. z.B. Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 8; Köpp, JuS 1979, S. 128; Stern, JuS 1965, S. 189

Der letzten Meinung gebührt der Vorzug. Für sie spricht schon die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf der alten Fassung des § 47 VwGO¹⁾ und die systematische Stellung des § 47 VwGO innerhalb der Verwaltungsgerichtsordnung. Nach der amtlichen Begründung²⁾ dient die Vorbehaltsklausel der Abgrenzung der Zuständigkeit zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Derartige Fragen gehören aber nach allgemeinem Verständnis stets in die Zulässigkeitsstation. Dies wird auch durch die systematische Stellung des § 47 VwGO belegt, der sich im 6. Abschnitt des ersten Teils, also inmitten von Rechtsweg- und Zuständigkeitsregelungen befindet. In diesem Zusammenhang vermag auch die von der Gegenmeinung vorgenommene Orientierung am Wortlaut des § 47 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 1 nicht zu überzeugen.³⁾ Dieser Interpretation ist ganz entschieden entgegenzutreten. Wäre sie möglicherweise nach der alten Fassung des § 47 VwGO, in dem die Vorbehaltsklausel in Satz 1 enthalten war - gewissermaßen Abs. 1 und 3 der Neufassung miteinander verquickend - , vertretbar gewesen, so kann nun nicht unberücksichtigt bleiben, daß sich die - erheblich eingeschränkte -

¹ vgl. BT-Drucks. 3/55, S. 33

² In der amtlichen Begründung zur Neufassung ist ein diesbezüglicher Hinweis nicht zu finden, woraus geschlossen werden kann, daß der Gesetzgeber die Vorbehaltsklausel nach wie vor als Abgrenzungskriterium ansieht.

³ vgl. Tschira/Schmitt Glaeser, S. 252: "Das ergibt sich eindeutig aus dem Passus in § 47 Abs. 3, ...prüft die Vereinbarkeit nicht, vor allem, wenn man ihn den Worten in § 47 Abs. 1 gegenüberstellt: ... entscheidet über die Gültigkeit".

Vorbehaltssklausel in einem gesonderten Absatz befindet, der überdies von Abs. 1 durch die Regelungen des Abs. 2 getrennt ist. Darüber hinaus ist ein wesentliches Kernstück der neu-gefaßten Vorbehaltssklausel, nämlich die Ausschließlichkeitsregelung, bei der vorigen Interpretation¹⁾ überhaupt nicht erwähnt worden. Die neue Regelung kann durchaus mit § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO verglichen werden ".....soweit.... ausdrücklich". Bislang ist noch keiner auf den Gedanken gekommen, diese Frage im Rahmen der Begründetheit zu überprüfen.

In jüngster Zeit ist die Ansicht, daß die Vorbehaltssklausel auf die Bestimmung der Zulässigkeit des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens ausgerichtet ist, durch weitere Argumente untermauert worden, die insbesondere den umfassenden Prüfungsmaßstab im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren und den dabei durchschlagenden praktischen Aspekt aufzeigen.²⁾ So sind zwei Fallgruppen denkbar: Zum einen kann der verfassungsgerichtliche Vorbehalt bewirken, daß keine Maßstabsnorm vorhanden ist. Hier wird besonders deutlich, wo die Prüfung der Vorbehaltssklausel anzusiedeln ist, denn wenn eine verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle mangels einer entsprechenden Maßstabsnorm nicht möglich ist, so kann dies nicht erst im Stadium der Begründetheit festgestellt werden.³⁾

¹ vgl. FN 3 S. 118

² Achterberg, VerwArch 1981, S. 168

³ Achterberg, a.a.O.

Zum anderen kann sich aus dem Vorbehalt ergeben, daß eine unter mehreren Maßstabsnormen nicht zur Verfügung steht. Nunmehr entfaltet die Vorbehaltsklausel in gewisser Weise eine Reflexwirkung innerhalb der Zulässigkeitsprüfung. Dies insoweit, als die im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren auszuschcheidende Maßstabsnorm in der Zulässigkeitsprüfung unberücksichtigt zu bleiben hat, "so daß beispielsweise der rechtliche Nachteil, den der Antragsteller durch die zu kontrollierende Norm erlitten haben muß, nicht in der Verletzung einer als Prüfungsmaßstab nicht verwertbaren Norm gesehen werden kann".¹⁾

6. Zusammenfassung

Abschließend kann festgestellt werden, daß es dem Gesetzgeber durch die neugefaßte Vorbehaltsklausel in § 47 Abs. 3 VwGO in hohem Maße gelungen ist, eine Reihe von Streitfragen zu beseitigen. So fällt durch die Reduzierung des Vorbehalts zugunsten der Landesverfassungsgerichtsbarkeit sowie durch die Ausschließlichkeitsregelung der alte Streit zwischen abstrakter und konkreter Betrachtungsweise in sich zusammen. Fast einmütig wird nunmehr anerkannt, daß zwischen den prinzipialen Normenkontrollverfahren gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und § 47 VwGO eine Rechtswegekonkurrenz bestehen kann, demgegenüber die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle im Verfassungsbeschwerdeverfahren gem. § 90 BVerfGG einen vorab auszuschöpfenden Rechtsweg darstellt. Letztlich sprechen gewichtige Gründe dafür, die Vorbehaltsklausel im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung zu untersuchen.

Ansichts der geringen Bedeutung, die die Vorbehaltsklausel noch für die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle hat, ist dem Gesetzgeber nochmals zu empfehlen, ihre Berechtigung zu überdenken.

¹ Achterberg, VerwArch 1981, S. 168

V. Deutung und Einordnung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle

1. Gesetzgebung oder Rechtsprechung?

Bereits unter der Geltung des Art. 13 Abs. 2 der Weimarer Verfassung, der einzelnen Gerichten die Befugnis übertrug, landesrechtliche Normen unmittelbar und selbständig auf ihre Vereinbarkeit mit dem Reichrecht zu überprüfen,¹⁾ war die Einordnung der gerichtlichen Tätigkeit im Normenkontrollverfahren umstritten. Zu jener Zeit bewertete man die Normenkontrollentscheidung als Gesetzgebungstätigkeit.²⁾ In die gleiche Richtung wies auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs³⁾ zu § 25 VGG sowie die Literatur⁴⁾ zur alten Fassung des § 47 VwGO. Im wesentlichen wurde diese Ansicht mit der allgemeinverbindlichen Wirkung der Normenkontrollentscheidung begründet, "die den herkömmlichen Rahmen der Rechtsprechung sprengt".⁵⁾ Als Entscheidungshilfe diente dieser Ansicht der Begriff der "Gesetzgebungstätigkeit negativer Art",⁶⁾ Allerdings muß schon an dieser Stelle

¹ vgl. S. 13/14

² vgl. Kelsen, VVDStRL 5, S. 54, 87

³ VerwRspr. 9, S. 70

⁴ vgl. Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 2

⁵ vgl. BayVGH, VerwRspr. 9, Nr. 25

⁶ Kratzer, DÖV 1954, S. 44 prägte den Begriff der negativen Gesetzgebung.

darauf hingewiesen werden, daß die Deutung der Normenkontrolle als negative Gesetzgebung voraussetzt, ihr entgegen der herrschenden Meinung konstitutive Wirkung beizumessen.¹⁾

Andere nahmen eine differenzierende Haltung ein, indem man die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle beiden Gewalten zuordnete.²⁾

Schließlich wurde die Normenprüfung mit der Begründung als Rechtsprechung angesehen, daß "die Prüfung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes genauso richterliche Funktion bleibt und nicht Gesetzgebung wird, wie die Kassation eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes Verwaltungsgerichtsbarkeit und nicht aktive Verwaltung ist".³⁾

Mag auch die Begründung in die eine oder andere Richtung durchaus zu hören sein, so bleibt dennoch für die Einordnung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle unberücksichtigt, wo sie letztlich von ihrem Wesen und ihrem Ablauf her hingehört, wobei "Wesen" und "Ablauf" ineinander übergehen.

¹ Auf diese Frage wird noch an späterer Stelle einzugehen sein, vergl. S. 287 ff.

² Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 36, 39: "zwar nicht unmittelbar Rechtsetzung, wohl aber Gesetzgebungstätigkeit negativer Art".

³ Friesenhahn unter Aufgabe seiner ursprünglichen Meinung; Nachweise bei Wolfram, S. 24 FN 58. vgl. ferner Koehler, § 47 Anm. VII 1, allerdings ohne nähere Begründung.

Gemäß § 47 Abs. 1 Satz 1 VwGO "entscheidet das Oberverwaltungsgericht im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit". Demnach geht schon aus dem Wortlaut des Gesetzes eindeutig hervor, daß hier rechtsprechende Gewalt ausgeübt wird. Das folgt weiter aus der systematischen Stellung des § 47 VwGO im 6. Abschnitt des ersten Teils der Verwaltungsgerichtsordnung "Verwaltungsrechtsweg und Zuständigkeit", in dem auch Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklage geregelt sind. Die Feststellung der Ungültigkeit einer Rechtsnorm kann nicht gemäß § 43 VwGO - nach der hier vertretenen Auffassung -¹⁾ Rechtsprechung, gemäß § 47 VwGO aber Gesetzgebung sein. In beiden Fällen wird die Feststellung von unabhängigen Richtern aufgrund der ihnen zukommenden Kontrollfunktion - und das ist die "Rechtsprechung" - getroffen. Ferner ist die Feststellung der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer Rechtsnorm auf abstraktem Wege gem. § 47 VwGO nicht anders zu beurteilen, als in einem inzidenten Verfahren. Bislang ist noch niemand auf den Gedanken gekommen zu behaupten, auch bei der inzidenten Normenüberprüfung handele es sich um Gesetzgebung negativer Art.²⁾ Daran vermag auch nichts die Allgemeinverbindlichkeit der die Gültigkeit der Norm verneinenden Entscheidung zu ändern.³⁾ Anderenfalls müßte man zu der unmög-

¹ vgl. S. 53 ff.

² Es stellt sich die Frage, was dann im öffentlichen Recht noch an Rechtsprechung verbleibt, wenn man zur Unwirksamkeit einer Rechtsnorm kommt.

³ vgl. Wolfram, S. 28 FN 70, der eine Parallele zur zivilrechtlichen inter-omnes-Wirkung zieht.

lichen Aufspaltung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle kommen, nämlich einerseits Gesetzgebung im Falle der Ungültigkeit einer Rechtsnorm, andererseits aber Rechtsprechung im Falle der Gültigkeit einer Rechtsnorm.¹⁾ Es bedarf wohl keiner vertiefenden Erörterung, daß ein solches Ergebnis nicht richtig sein kann. Im übrigen können die Gründe der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, die der Regelung der Allgemeinverbindlichkeit einer die Gültigkeit einer Norm verneinenden Entscheidung zugrundegelegt haben, nicht als Abgrenzungskriterien zu dieser Frage herangezogen werden.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß der richterlichen Tätigkeit naturgemäß eine normative Wirkung zukommt. Sie unterscheidet sich von der Gesetzgebung schon dadurch, daß sie mit einer anderen Prämisse an ihre Tätigkeit herangeht. Hier soll nicht in einem vorgeschriebenen Gesetzgebungsverfahren neues Recht gestaltet werden, das möglicherweise von politischen Zielvorstellungen getragen wird, sondern es soll ein bereits geschaffenes Gesetz kontrolliert werden. Insoweit handelt es sich um Rechtsanwendung und nicht um Rechtsgestaltung.²⁾ Beide Tätigkeiten

¹ Zur Zeit der Geltung des § 25 VGG wäre eine Aufspaltung wegen der inter-omnes-Wirkung-sowohl- als auch-nicht zu erwägen gewesen.

² vgl. zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle BVerfGE 3, S. 225 (S. 235/236); Müller, DVBl. 1962, S. 161; Scheuner, DVBl. 1952, S. 617. Die dortigen Argumente müssen erst recht für die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle gelten.

schließen sich aber gegenseitig aus.

Daher stellt sich die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle als rechtsprechende Tätigkeit dar. Aus diesem Grunde braucht man sich auch nicht mehr des Begriffes "Gesetzgebung negativer Art" zu bedienen.¹⁾

¹ Erwähnenswert ist noch der Gedanke Rencks, BayVBl. 1979, S. 226, wonach ein Verfahren der Gesetzgebung kein gerichtliches Verfahren iSv Art. 74 Nr. 1 GG sei und dem Bund mithin für eine solche Gesetzgebung die Kompetenz fehle.
vgl. zu dieser Frage im übrigen: Müller, DVBl. 1962, S. 161, Kalkbrenner, DVBl. 1962, S. 695; ferner: Achterberg, DVBl. 1967, S. 213

2. Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtsbarkeit?

Wie bereits an früherer Stelle erwähnt,¹⁾ ist die Geschichte der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle und damit die prinzipale Überprüfung einer Rechtsnorm, gemessen an ranghöheren Rechtsnormen, sehr jung. Die bis dahin bekannte prinzipale Normenprüfung oblag nur den verfassungsgerichten, die die Rechtsnorm am Maßstab der jeweils geltenden Verfassung beurteilten. Insoweit war es eindeutig, daß es sich hier um verfassungsgerichtliche Tätigkeit handelte.

Da nunmehr im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens lediglich im Range unter dem formellen Gesetz stehende Normen außerhalb der Verfassung am Maßstab höheren Rechts beurteilt werden, könnte dieses schon zur Annahme einer verwaltungsgerichtlichen Tätigkeit führen. Eine solche Auffassung würde im übrigen auch durch den verfassungsgerichtlichen Vorbehalt bekräftigt.

Andererseits könnte man gegen diese Betrachtungsweise einwenden, sie stütze sich nur auf formale Gesichtspunkte und lasse das Wesen sowie die materielle Seite der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle außer Betracht.

Wie schwierig dann aber auch eine Einordnung nach dem materiellen Gehalt sein kann, zeigen die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen des § 90 BVerfGG und Art. 100 Abs. 1 GG, wo über materiell-rechtlich der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuzuordnende Bereiche judiziert wird.

¹ vgl. S.12 ff

Letztlich wird die Frage, ob es sich bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle um Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtsbarkeit handelt, vorwiegend theoretischer Natur sein. Eine praktische Relevanz könnte sich hinsichtlich der Regelung des § 183 VwGO und bei der Verweisung eines Rechtsstreits von der Zivilgerichtsbarkeit an das Bundesverfassungsgericht bzw. an das Oberverwaltungsgericht ergeben.

Die Schwierigkeit der Einordnung zeigt sich bereits an der Kasuistik des Meinungsstandes.

a) Meinungsstand

Offenbar vorherrschend ist die Auffassung, daß es sich hier um verfassungsgerichtliche Tätigkeit handele. Zu diesem Ergebnis kommen die einzelnen Vertreter allerdings mit recht unterschiedlichen Begründungen, die zum Teil ihre Ursache bereits in der Annahme haben, in dieser Tätigkeit liege Gesetzgebung negativer Art.¹⁾

Eine andere Begründung stellt - auch unter Hinweis auf die amtliche Begründung²⁾ - darauf ab, daß im Rahmen des § 47 VwGO nicht über subjektive Rechte - wie in der Verwaltungsgerichtsbarkeit üblich - , sondern über objektives Recht entschieden werde und daher der Verfassungsgerichtsbarkeit zuzurechnen sei.³⁾

¹ vgl. Kratzer, DÖV 1954, S. 44; BGH, VerwRspr. 9, S. 70; Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 39

² BT-Drucks. 3/55, S. 33

³ Koehler, § 47 Anm. II Nr. 1

Weiter wird angeführt, daß die allgemeinverbindliche Nichtigerklärung gesetzten Rechts wesensmäßig immer in den Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit gehöre.¹⁾

Schließlich erfolgt noch ein Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,²⁾ wonach die prinzipale Normenkontrolle untergesetzlicher Rechtsvorschriften als Verfassungsgerichtsbarkeit qualifiziert wird.³⁾

Letztlich soll auch die Regelung des § 183 Satz 2 VwGO, der der Vorschrift des § 79 Abs. 2 BVerfGG nachgebildet ist, bei entsprechender Anwendung auf die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle gem. § 47 VwGO für die Qualifizierung als Verfassungsgerichtsbarkeit eine maßgebliche Rolle spielen.⁴⁾

Eine zweite Meinungsgruppe nimmt eine differenzierende Haltung ein. Sie spaltet die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach dem Prüfungsmaßstab auf. So soll es sich immer dann um verfassungsgerichtliche Tätigkeit handeln, wenn die Vereinbarkeit einer Rechtsvorschrift mit Ver-

¹ Müller, DÖV 1965, S. 759; Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 39

² BVerfGE 1, S. 184 (201); 4, S. 178 (188 ff.)

³ Kalkbrenner, DVBl. 1962, S. 695 ff.; Schenke, NJW 1978, S. 674

⁴ Wolfram, S. 32 unter Hinweis auf Menger, JZ 1965, S. 722

fassungsrecht nachgeprüft wird, anderenfalls liege verwaltungsgerichtliche Tätigkeit vor.¹⁾

Die dritte Ansicht geht - ebenfalls mit unterschiedlichen Begründungen - davon aus, daß bei der Normenkontrolle gem. § 47 VwGO verwaltungsgerichtliche Tätigkeit ausgeübt werde.

Zum einen wird vorgebracht, Normenkontrollen könnten nur dann verfassungsgerichtliche Tätigkeiten sein, wenn sie von Verfassungsorganen zur Überprüfung der gesetzten Normen anderer Verfassungsorgane betrieben würden, was bei § 47 VwGO nicht der Fall sei.²⁾

Zum anderen wird dahingehend argumentiert, daß die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle ebenso wie die anderen in der Verwaltungsgerichtsordnung festgelegten Klagetypen ebenfalls dem Schutz subjektiver Rechte diene.³⁾

¹ Holdegel, DÖV 1954, S. 209 zu § 25 VGG; Bettermann, AöR 86 (1961), S. 157; Stern, JuS 1963, S. 70; Friesenhahn, S. 62 ff. FN 190 a; diese Differenzierung nimmt auch Maurer, S. 292 vor. Letztlich kommt Maurer aber bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle zu einer verwaltungsgerichtlichen Tätigkeit, weil er die Auffassung vertritt, daß es gerade bei der Überprüfung untergesetzlicher Vorschriften nicht um die Auslegung und Anwendung der Verfassung gehe. Vielmehr gehe es um die Vereinbarkeit mit der sie tragenden Ermächtigungsnorm. In ähnlicher Weise argumentiert Schäfer, Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 1, S. 175; ders., Festschrift zum 100-jährigen Bestehen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd. 1, S. 176

² Wilken, Diss., S. 27

³ Obermayer, DVBl. 1965, S. 628

Letztlich wird auch vertreten, daß die gegenwärtige Verfassungsordnung keinen materiellen Begriff der Verfassungsgerichtsbarkeit kenne.¹⁾

b) Eigene Stellungnahme

Bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle handelt es sich um verwaltungsgerichtliche Tätigkeit, wobei allerdings eingeräumt wird, daß das "Für" und "Wider" sämtlicher Ansichten diese Entscheidung nicht leicht macht.

Die Begründung, daß die Feststellung der Ungültigkeit einer Rechtsnorm mit allgemeinverbindlicher Wirkung erstrebt wird und daher verfassungsgerichtliche Tätigkeit darstelle,²⁾ wirft bereits die früher angeschnittene Frage auf, wie die gerichtliche Tätigkeit zu werten ist, wenn sich die Rechtsnorm als gültig erweist.³⁾ Auch hier ist die Aufspaltung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle abzulehnen. Im übrigen

¹ Bartlsperger, DVBl. 1967, S. 371
Wo Renck letztlich steht, kann nicht mit absoluter Sicherheit gesagt werden. In DÖV 1964, S. 652 stellt er fest, der Nachweis, daß die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle der materiellen Verwaltungsgerichtsbarkeit zuzurechnen ist "dürfte nicht zu erbringen sein". In BayVBl. 1979, S. 226 führt er dagegen aus, "es ist nicht zu belegen, warum etwa die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Verwaltungsakten Verwaltungsgerichtsbarkeit bedeutet, während die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Rechtsvorschriften Verfassungsgerichtsbarkeit sein soll".

² so Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 39. Diese Ansicht konnte jedenfalls zur Zeit des § 25 VGG eher vertreten werden.

³ vgl. S. 123/124

erscheint eine solche Betrachtungsweise unpraktikabel. Die Qualifizierung der gerichtlichen Tätigkeit muß vorher - anhand anderer Kriterien - möglich sein. Die Frage der Allgemeinverbindlichkeit kann jedoch erst ex postum beantwortet werden, wenn die gerichtliche Entscheidung feststeht und das Verfahren abgeschlossen ist.

Auch die Konzentration der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle bei einem Gericht gibt für die Zuordnung weder in die eine noch in die andere Richtung etwas her.¹⁾ Daß auch die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle bei einem Gericht konzentriert ist oder in anderen Ländern²⁾ die Normenkontrolle nur einer bestimmten Art von Gerichten zugewiesen ist, besagt nichts weiter.

Mit dem Ergebnis, daß in der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle auch Züge des Rechtsschutzes enthalten sind, ist bereits die Begründung widerlegt, es handele sich um Verfassungsgerichtsbarkeit, weil über objektives Recht entschieden werde.³⁾

¹ so aber Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 39 und Ule, AöR 82, S. 128

² vgl. die Nachweise bei Schenke, NJW 1978, S. 673 FN 21; zur Rechtslage in Österreich vgl. Heller, in: Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk, S. 553 (555)

³ so Koehler, § 47 Ann. II Nr. 1

Eine ganze Reihe von Begründungen basiert auf dem materiellen Gehalt der gerichtlichen Tätigkeit, die sich in der Normenkontrolle gem. § 47 VwGO dementsprechend als verfassungsgerichtliche Tätigkeit darstelle.¹⁾ Folglich wurde § 183 S. 2 VwGO²⁾ wegen der wesensmäßig verfassungsrechtlichen Tätigkeit entsprechend angewendet. Diese Ansicht findet offensichtlich ihre Stütze in der neuen Regelung des § 47 Abs. 6 Satz 3 VwGO.

Von der materiellen Verwaltungsgerichtsbarkeit einerseits und der materiellen Verfassungsgerichtsbarkeit andererseits geht auch die Meinung aus, die die Gerichtsbarkeit nach der Ranghöhe des Prüfungsmaßstabes abgrenzt. Auch hier ist - wie schon bei der Allgemeinverbindlichkeit - zu bemängeln, daß das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren dann aufgespalten würde. Im übrigen ist dem deutschen Recht eine Abgrenzung der Gerichtsbarkeitszweige nach der Ranghöhe der Prüfungsmaßstäbe fremd, zumal auch eine saubere Unterscheidung von Verfassungsrechtsnormen und anderer Rechtsnormen kaum möglich sein wird.³⁾

Wenn hier nun die Auffassung vertreten wird, daß es sich bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gem. § 47 VwGO um verwaltungsgerichtliche Tätigkeit handelt, so kann dahingestellt bleiben, ob der Begriff der materiellen Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt existent ist.⁴⁾

¹ vgl. Holdegel, DÖV 1954, S. 209; Menger, JZ 1965, S. 722

² Zur Zeit der Geltung der alten Fassung des § 47 VwGO

³ vgl. auch Wilken, Diss., S. 24

⁴ vgl. dazu Bartlsperger, DVBl. 1967, S. 371 m.w.N.

Denn das hier gefundene Ergebnis wird allein dadurch gewonnen, daß die Abgrenzung der Gerichtsbarkeiten nach formellen Gesichtspunkten erfolgt.

Zunächst ist vom Wortlaut des Gesetzes auszugehen. Gem. § 47 Abs. 1 Satz 1 VwGO "entscheidet das Oberverwaltungsgericht im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit....". Das bedeutet nach der ständigen Rechtsprechung und einhelligen Meinung in der Literatur, daß sich dieses nach der Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges gem. § 40 VwGO beurteilt.¹⁾ Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben.²⁾ Wollte man sich nun an materiellen Inhalten orientieren, würde man schwerlich die Verfassungs- und die Verwaltungsgerichtsbarkeit voneinander abgrenzen können. Insbesondere würde der Verwaltungsrechtsweg kaum gegeben sein. Denn - zugespitzt - auch die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Verwaltungsakten - inzi-dente Normenkontrolle - ist dem materiellen Gehalt nach verfassungsgerichtliche Tätigkeit. Berücksichtigt man dann weiter, daß eine Verwaltungsmaßnahme, die unterhalb der Verfassung stehenden Rechtsvorschriften widerspricht, zugleich den Verfassungssatz der Bindung der Verwaltung an das Gesetz verletzt,³⁾ kann der Verwaltungsrechtsweg in der Praxis völlig ausge-

¹⁾ vgl. Redeker/von Oertzen, § 47 Anm. 14; Kopp, § 47 Rdnr. 17 mit Nachweisen zur Rechtsprechung

²⁾ § 40 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 VwGO

³⁾ Wilken, Diss., S. 24

geschlossen werden. Daher werden als verfassungsgerichtliche Streitigkeiten iSv § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO nur die sogenannten echten Verfassungsstreitigkeiten, d.h. Streitigkeiten zwischen am Verfassungsleben unmittelbar beteiligten Rechtsträgern, anerkannt.¹⁾ Es wäre auch nicht einzusehen, daß innerhalb einer Prozeßordnung einerseits eine formelle und andererseits eine materielle Abgrenzung vorgenommen wird.²⁾

Ein anderes, nicht unerhebliches Argument ergibt sich aus der Regelung des § 183 Satz 2 VwGO. Vereinzelt wurde schon früher³⁾ zu dieser Vorschrift dahingehend Stellung bezogen, daß aus ihrem Wortlaut nicht zu entnehmen sei, ob der

¹⁾ vgl. Menger/Erichsen, VerwArch 1966, S. 384; Bethge, NJW 1975, S. 77; Kopp, § 47 Rdnr. 32 m.w.N.

²⁾ Auch das BVerwG, NJW 1976, S. 1649 geht davon aus, daß zu den verfassungsrechtlichen Streitigkeiten iSv § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO nur solche gehören, die die Rechtsbeziehungen von Verfassungsorganen oder am Verfassungsleben beteiligten Organen zueinander betreffen, nicht hingegen Streitigkeiten zwischen dem Bürger und dem Staat, selbst wenn ein Verfassungsorgan daran beteiligt ist. Das BVerwG räumt sodann ein, daß "dieser gleichsam allgemeine Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit für besondere Materien ausnahmsweise der Modifizierung bedarf", läßt diese Frage aber letztlich offen. Damit schneidet das Gericht die Forderung Mengers, VerwArch 66 (1975), S. 173/174 an, wonach "bei jeder Norm - sowohl der Verfassung selbst als auch unterverfassungsrechtlicher Rechtsquellen - im Einzelfall untersucht werden muß, ob sie ein materielles Verfassungsrechtsverhältnis begründet". Würde man dieser Ansicht folgen, könnte vorliegend die Frage, ob es sich bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gem. § 47 VwGO um verwaltungs- oder verfassungsgerichtliche Tätigkeit handelt, nicht beantwortet werden. Wie schwierig allerdings die Bestimmung nach der einzelnen Norm in der Praxis ist, wird sowohl vom Bundesverwaltungsgericht als auch von Menger anerkannt.

³⁾ Menger, JZ 1965, S. 722

Gesetzgeber die Begriffe "Verfassungsgericht des Landes" und "Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit" im formellen oder materiellen Sinne verstanden wissen wollte.¹⁾ Unter Bezug auf die Ausführungen zu den formellen Abgrenzungskriterien im Rahmen des § 40 VwGO und des § 47 VwGO²⁾ muß auch bei § 183 Satz 1 VwGO davon ausgegangen werden, daß die Verfassungs- und die Verwaltungsgerichtsbarkeit formell voneinander abzugrenzen sind.³⁾ Diese Ansicht findet ferner ihre Grundlage in der entsprechenden Anwendung des § 183 VwGO über § 47 Abs. 6 Satz 3 VwGO. Ginge der Gesetzgeber bei § 47 VwGO von einer verfassungsgerichtlichen Tätigkeit des Oberverwaltungsgerichts aus, hätte es einer entsprechenden Anwendung des § 183 VwGO nicht bedurft. Vielmehr hätte sich - auch im Hinblick auf § 193 VwGO - eine klarstellende Regelung in § 183 VwGO aufgedrängt.⁴⁾

¹ Betrachtet man das Ergebnis von Menger, JZ 1965, S. 722 - materielle Verfassungsgerichtsbarkeit und entsprechende Anwendung des § 183 Satz 2 VwGO - müßte man folgern, daß es sich bei § 183 Satz 1 VwGO um eine formelle Abgrenzung handelt, anderenfalls könnte § 183 Satz 2 VwGO unmittelbar angewendet werden.

² vgl. S. 133/134

³ Anderenfalls ließe sich das Problem bei der inzidenten Normenkontrolle wiederum dahingehend zuspitzen, daß auch hier § 183 Satz 2 VwGO anzuwenden ist.

⁴ vgl. im übrigen HessVGh, NJW 1980, S. 2723 als Indiz für die formelle Abgrenzung der Gerichtsbarkeiten.

Die Systematik der Verwaltungsgerichtsordnung und die einheitliche Auslegung erfordern somit eine Abgrenzung nach formellen Gesichtspunkten, so daß es sich bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gem. § 47 VwGO um verwaltungsgerichtliche Tätigkeit handelt.¹⁾

¹ Zu demselben Ergebnis mit zum Teil ähnlichen Begründungen kommen Wilken, Diss., S. 26/27 und v. Engelhardt, S. 199. Nur kommt Wilken, a.a.O. zu dem Ergebnis, daß materielle Verfassungsgerichtsbarkeit dann nicht vorliege, wenn das Normenkontrollverfahren nicht von Verfassungsorganen in Gang gebracht worden ist, um die Normsetzungskompetenz anderer Verfassungsorgane überprüfen zu lassen. Ohne es auszusprechen, wird damit gesagt, daß dann materielle Verwaltungsgerichtsbarkeit vorliege. Damit werden aber formelle und materielle Abgrenzungskriterien miteinander vermischt.
v. Engelhardt, a.a.O. schließt mit der Feststellung, bei der Normenkontrolle gem. § 47 VwGO handle es sich um Gerichtsbarkeit in Sachen materieller Verwaltung.

Vielleicht ließe sich unter den Vertretern der formellen und materiellen Abgrenzungsmethode ein gemeinsamer Nenner finden, indem man sagt: Bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gem. § 47 VwGO handelt es sich formell um Verwaltungsgerichtsbarkeit, materiell um mittelbare Verfassungsgerichtsbarkeit. Ein solches Ergebnis würde auch im Umkehrschluß durch die Rechtslage in Österreich belegt, wo die Normenkontrolle von Rechtsverordnungen nur durch den Verfassungsgerichtshof vorgenommen wird; vgl. Haller, in: Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk, S. 553 (555). Abschließend ist nochmals auf das lediglich rechtstheoretische Interesse dieser Frage hinzuweisen. An der gesetzlichen Kompetenzzuweisung zur Verwaltungsgerichtsbarkeit änderte sich auch nichts, wenn die Normenkontrolle materiell der Verfassungsgerichtsbarkeit zugeordnet würde.

3. Anfechtungs- oder Feststellungsverfahren?

Weniger Schwierigkeiten weist die Frage auf, ob die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle gem. § 47 VwGO in einem Anfechtungs- oder Feststellungsverfahren durchgeführt wird.

a) Meinungsstand

Zu dieser Frage wurde schon vor der Geltung der Verwaltungsgerichtsordnung Stellung genommen. Damals vertrat man die Ansicht, daß bei der Überprüfung von Normen ein Anfechtungsverfahren vorliege.¹⁾ Begründet wurde dies damit, daß sich vor Ausspruch der Ungültigkeit einer Rechtsnorm durch das Gericht im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens niemand erfolgreich auf deren Ungültigkeit berufen könne; es bestehe daher kein Unterschied zum Anfechtungsverfahren; sei ein solches "in Gewande eines Feststellungsverfahrens".²⁾

Nunmehr wird vertreten, daß es sich um ein Feststellungsverfahren handle.³⁾ Dabei wird auf den

¹ Lerche, DVBl. 1952, S. 396 ff.; ders., "Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg", S. 149 Anm. 147

² Lerche, a.a.O.; Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 17 spricht von der unmittelbaren Anfechtung von Rechtsnormen.

³ Wolfram, S. 35 ff.; Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 40 ff.; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 93 - besondere Ausgestaltung der Feststellungsklage im weiteren Sinne - ; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 234 - besonders geartetes Feststellungsverfahren - .

Antrag abgestellt, der auf Feststellung der Ungültigkeit einer Rechtsnorm gehe.¹⁾ Ferner argumentiert man mit der lediglich deklaratorischen Wirkung der Normenkontrolle gegenüber der konstitutiven - rechtsändernden - Wirkung und führt weiter den Zeitpunkt der Wirkung der gerichtlichen Entscheidung an.²⁾

b) Eigene Stellungnahme

Ihrem Wesen nach wird die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle gem. § 47 VwGO in einem Feststellungsverfahren durchgeführt. Dieses Ergebnis kann nur über den Streitgegenstand, der durch den Klageantrag ausgefüllt wird, gewonnen werden.

Insoweit kann der Antragsteller die verwaltungsgerichtliche Normenkontroll-Klage nicht auf "Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung wie auf Feststellung der Ungültigkeit der bekämpften Norm" richten³⁾ oder aber den Antrag auf "Feststellung der Unvereinbarkeit mit bestimmten Maßstäben" stellen.⁴⁾ Gem. § 86 Abs. 3 VwGO hat der Vorsitzende auf die Stellung sachdienlicher Anträge hinzuwirken. Daher besteht die Möglichkeit, eine "ursprüngliche Anfechtungsklage" in einen Normenkontrollantrag umzuwandeln und den Antrag gem. § 83 VwGO an das zuständige Oberverwaltungsgericht zu verweisen.⁵⁾

¹ vgl. S. 137 FN 3: Wolfram, S. 35 ff.; Ule, Verwaltungsprozeßrecht; Bergmann, VerwArch 51 (1960).

² Wolfram, a.a.O.; Bergmann, a.a.O., S. 40 ff.

³ So aber Bettermann, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 361 ff. Anm. 82

⁴ So aber Renck, DÖV 1964, S. 3

⁵ vgl. Rasch, BauR 1977, S. 148

Nach dem Wortlaut des § 47 Abs. 1 VwGO kann der Antrag nur auf Feststellung der Ungültigkeit der - bestimmten - Rechtsnorm gerichtet sein. Davon ausgehend ist das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO ein Feststellungsverfahren, das dem Verfahren gem. § 43 VwGO und im übrigen dem gewonnenen Ergebnis entspricht, daß auch über § 43 Abs. 1 VwGO die Gültigkeit von Rechtsnormen überprüft werden kann.¹⁾

Vergleicht man demgegenüber den Anfechtungsantrag gem. § 42 Abs. 1 VwGO unter Einbeziehung der Verpflichtungsklage, so unterscheidet sich der Feststellungsantrag gem. § 47 VwGO hiervon eindeutig.

Andere Kriterien können und brauchen bei der Entscheidung dieser Frage nicht herangezogen zu werden.²⁾ Insoweit kann hier offen bleiben, welche Wirkung die verwaltungsgerichtliche Normenkontrollentscheidung entfaltet - nämlich ob sie deklaratorische oder konstitutive, ex nunc- oder ex-tunc-Wirkung hat.

Im übrigen sind die zu dieser Frage in der Literatur teilweise getroffenen Feststellungen fehlerhaft und könnten zur umgekehrten Ansicht führen. So wird ausgeführt³⁾: "Die Entscheidung

¹ vgl. S. 53 ff.

² Die Entscheidung kann nicht rückschauend von der die Gültigkeit der Rechtsnorm verneinenden Entscheidung aus getroffen werden, sondern sie muß vorher - gewissermaßen im Rahmen der Zulässigkeit - erfolgen.

³ so Wolfram, S. 36/37

im Normenkontrollverfahren ist kein Akt der Rechtsgestaltung, sondern beinhaltet lediglich die nachträgliche Feststellung der Ungültigkeit der überprüften Norm durch das OVG und deren Aufhebung".

Eine weitere Feststellung lautet¹⁾: "Ausnahmsweise nur kann der Fall eintreten, daß sich Beschlüsse, die im verwaltungsgerichtlichen Normenprüfungsverfahren ergehen, als echte rechtsgestaltende Entscheidungen erweisen, nämlich dann, wenn der Verwaltungsgerichtshof einmal zu Unrecht die Ungültigkeit einer Vorschrift feststellen sollte. Das Verfahren als solches ist aber auch in diesem Fall kein echtes Anfechtungsverfahren, denn das Antragsbegehren ist auf die Herbeiführung einer Feststellungsentscheidung gerichtet".

Indem also - mit Recht - auf den Antrag abgestellt wird, wird die zuvor festgestellte Rechtsgestaltung überdeckt. Wie diese Konstellation allerdings in der Praxis eintreten kann, ist nicht ersichtlich. Das Oberverwaltungsgericht stellt rechtskräftig die Ungültigkeit der Rechtsvorschrift gemäß dem gestellten Antrag fest. Es stellt sich die Frage, wer - mangels eines Rechtsmittels - dann feststellen soll, daß die Entscheidung zu Unrecht erfolgt ist. Die Entscheidung ist allgemeinverbindlich und kann nicht noch einmal herbeigeführt werden. Denkbar ist allenfalls, daß die Rechtsnorm unverändert neu erlassen wird und bei einem erneuten Normenkontrollantrag - soweit er zulässig ist - das Oberverwaltungsgericht von seiner ursprünglichen Entscheidung abrückt.

¹ Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 40/41

4. Normenkontrolle durch Feststellungsklage?

Angesichts der getroffenen Feststellungen im Rahmen der Statthaftigkeit der Normenkontrollklage, wonach auch über § 43 Abs. 1 VwGO die Überprüfung von Rechtsnormen möglich ist,¹⁾ erübrigt sich an dieser Stelle eine weitere Erörterung.

Nachzutragen bleibt lediglich, daß § 43 Abs. 2 VwGO zu beachten ist. Danach kann die Feststellung nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Das bedeutet, daß im Zeitpunkt des Erlasses eines auf die betreffende Norm gestützten Verwaltungsaktes und - soweit erforderlich - eines erfolglos durchgeführten Widerspruchsverfahrens die Klage gem. § 43 Abs. 1 VwGO nicht möglich wäre.

5. Die Anfechtbarkeit der gerichtlichen Entscheidung

Die Anfechtbarkeit einer gerichtlichen Entscheidung ist, soweit es sich nicht um die Entscheidung der letzten Instanz handelt, ein Wesensmerkmal des Prozeßrechts. Mit der erneuten Anfechtung durch die Einlegung eines Rechtsmittels soll dem Unterlegenen noch einmal eine Überprüfung zuteil werden, und die Erfahrung zeigt, daß es - gerade im komplexen Bereich des öffentlichen Rechts - eine Reihe von Entscheidungen gibt, die einer erneuten Überprüfung nicht standhalten. Insoweit könnte auch im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren der Schluß naheliegen, die vom Gericht getroffene Entscheidung müsse anfechtbar sein.

¹ vgl. S. 53 ff.

Trotz bestehender gesetzlicher Regelungen ist dieser Punkt aber stets umstritten gewesen.¹⁾

Vor dem 1. April 1960 folgte man teilweise den Ausschluß der Revisibilität aus § 10 a BVerwGG, wonach das Bundesverwaltungsgericht über die Revision gegen Endentscheidungen eines obersten allgemeinen Verwaltungsgerichts eines Landes zu entscheiden hatte. Danach sollte die Revision nur gegen Urteile zulässig sein.

War diese Bestimmung im Bundesverwaltungsgerichtsgesetz nicht eindeutig genug und gab zu vorstehender Auslegung Anlaß, so trug auch die klarere Regelung in der Verwaltungsgerichtsordnung nicht zur Einmütigkeit bei.²⁾ Zwar stand nunmehr aufgrund des eindeutigen Wortlauts in §§ 49 Nr. 1, 132 Abs. 1 VwGO fest, daß gegen die Beschlußentscheidung im Normenkontrollverfahren keine Revision und gem. § 152 Abs. 1 VwGO keine Beschwerde zulässig ist.³⁾ Dennoch wurden angesichts dieser Unangreifbarkeit, insbesondere wegen des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips, Bedenken angemeldet.

¹ vgl. Wolfram S. 168/169 m.w.N.

² Gem. § 195 Abs. 2 Nr. 1 VwGO trat das Bundesverwaltungsgerichtsgesetz am 1. April 1960 außer Kraft.

³ § 47 VwGO ist in § 152 Abs. 1 VwGO nicht aufgeführt.

Auch wenn nunmehr das Oberverwaltungsgericht gem. § 47 Abs. 6 Satz 1 VwGO durch Urteil entscheiden kann, ist entgegen früheren Hoffnungen¹⁾ die verwaltungsgerichtliche Normenkontrollentscheidung weiterhin nicht revisibel. Für das Urteilsverfahren folgt der Ausschluß der Revision ausdrücklich aus § 136 VwGO. Maßgeblich dafür war die Auffassung, daß eine Regelung, wonach das Bundesverwaltungsgericht abschließend über die Gültigkeit von Landesrecht entscheidet, nicht in gleicher Weise für alle Länder möglich wäre.²⁾ So stellt sich nach wie vor die Frage nach der Anfechtbarkeit der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollentscheidung.

a) Meinungsstand

Die Rechtsprechung³⁾ und der überwiegende Teil in der Literatur⁴⁾ verneinen mit teilweise voneinander abweichenden Begründungen die Anfecht-

¹ vgl. Stern, Festschrift, S. 72: " ... sollte ... zwei Instanzen umfassen. Am einfachsten und auch am systemgerechtesten ist dieses Ziel durch die Wahl des Urteilsverfahrens an Stelle des Beschlußverfahrens zu erreichen".

² vgl. BR-Drucks. 533/75, S. 8

³ vgl. die Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, BVerwGE 3, S. 143 ff.

⁴ Kratzer, DÖV 1954, S. 44; Schoen, DÖV 1954, S. 66 ff.; ders., Gedächtnisschrift für Walter Jellinek S. 407 ff.; Ule, AöR 82 (1957), S. 123 ff.; Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 62; Müller, DVBl. 1968, S. 97; v. Engelhardt, S. 242; Wolfram, S. 168/169. Zur h.M. wird von Kopp, VwGO, 4. Aufl., § 136 Rdnr. 2; ders., NJW 1976, S. 1965 FN 32 auch Redeker, NJW 1974, S. 1649 angeführt. Dem ist aber nicht so; vielmehr läßt sich aus Redekers Ausführungen a.a.O. entnehmen, daß er die Zulassung der Revision befürwortet.

barkeit der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollentscheidung.¹⁾

Noch unter der Geltung des § 47 a.F. VwGO wurde insbesondere aus Sorge um eine einheitliche Rechtsprechung zum Bundesrecht die Revisibilität der Normenkontrollentscheidung bejaht.²⁾

Die gesetzliche Regelung ist nunmehr eindeutig und auch die amtlichen Begründungen³⁾ geben zu Zweifeln keinen Anlaß. Dennoch wird in jüngster Zeit die fehlende Anfechtbarkeit bedauert.⁴⁾

¹ vgl. Kratzer, DÖV 1954, S. 44 und Schoen, DÖV 1954, S. 66 ff.; Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 407 ff. Vgl. ferner Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 128: Im Gegensatz zu AÖR 82, S. 131 "Auch rechtspolitische Erwägungen vermögen daher die Auffassung, daß Normenkontrollentscheidungen mit der Revision beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können, nicht zu stützen", führt Ule nunmehr aus: "Rechtspolitisch ist jedoch zu erwägen, ob gegen Normenkontrollentscheidungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zugelassen werden sollte, wenn Prüfungsmaßstab eine bundesrechtliche Rechtsvorschrift (z.B. das Bundesbaugesetz) war".

² vgl. Keil, DVBl. 1969, S. 529 ff; Bökelmann, JZ 1974, S. 324; für § 25 VGG: Holdegel, DÖV 1954, S. 210

³ BT-Drucks. 7/4324, S. 13 und 7/5492, S. 4

⁴ vgl. Meyer-Ladewig, DVBl. 1976, S. 208 "Dieser Verzicht auf die Revision ist schmerzlich"; Kopp, NJW 1976, S. 1965 "Die getroffene Regelung (§ 47 Abs. 5 VwGO) stellt im System der Verwaltungsgerichtsordnung eher einen Fremdkörper dar, und die Zulassung der Revision hätte denselben Zweck besser erfüllt"; Zuck, DVBl. 1978, S. 166 "Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung hätte durch Zulassung der Revision gesichert werden können".

b) Eigene Stellungnahme

Mag auch der Ausbau des Rechtsschutzes die Forderung nach der Anfechtbarkeit der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollentscheidung unterstützen, so sind die Gründe stichhaltiger, die gegen die Zulassung der Revision sprechen.

Die damit auf eine Instanz beschränkte Normenprüfung stellt an sich im Verwaltungsprozeßrecht keinen Einzelfall dar. Auch in anderen Gebieten des öffentlichen Rechts ist die gerichtliche Entscheidung auf eine Instanz beschränkt. Das zeigen die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen im Wehrpflicht- und im Wohngeldrecht.¹⁾ Gleiches ergibt sich aus dem Entlastungsgesetz.²⁾

Zwar basieren diese Beschränkungen auf anderen - meist prozeßökonomischen - Gründen, und es besteht ferner die Möglichkeit, über die Nichtzulassungsbeschwerde zur Überprüfung der gerichtlichen Entscheidung zu kommen. Doch verdeutlichen diese Beispiele, daß weder aus Art. 19 Abs. 4 GG noch aus dem Rechtsstaatsprinzip zu folgern ist, in allen Bereichen der Gerichtsbarkeit einen bestimmten Instanzenweg vorzusehen.

Des weiteren zeigt das Prozeßrecht,³⁾ daß das Rechtsmittel gegen stattgebende oder versagende

¹ vgl. § 34 Abs. 2 WpflG; § 33 WoGG; ferner § 7 b des Hessischen Entwurfs eines Gesetzes zur Beschleunigung des Asylverfahrens (Stand: 15.10.80)

² Gesetz zur Entlastung der Gerichte in der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit vom 31.3.78 -BGBl. I S. 446 - Art. 2 § 4

³ vgl. § 127 ZPO, § 46 Abs. 2 ZPO, § 166 Abs. 2 VwGO

Gerichtsentscheidungen verschieden sein kann. Im übrigen kann die Frage der Revisibilität von Normenkontrollentscheidungen wesentliche Bedeutung in der Praxis nur erlangen, wenn der gestellte Antrag nicht zur Ungültigkeit der Norm führt. Denn im Falle der Feststellung der Ungültigkeit der Rechtsnorm ist die Entscheidung allgemeinverbindlich und dem Interesse des Antragstellers sowie dem Interesse anderer Betroffener damit Genüge getan. Dem möglicherweise bestehenden Interesse des Antragsgegners, die Normenkontrollentscheidung durch ein höheres Gericht überprüfen zu lassen, kommt keine besondere Bedeutung zu. Das ergibt sich daraus, daß dem Antragsgegner daran gelegen ist, möglichst schnell Klarheit über den Bestand der Rechtsnorm zu haben, um so eine Vielzahl anderer Fälle, an die sich eine Rechtsnorm nun einmal richtet, abschließen zu können.

Im Falle der den Antrag ablehnenden verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollentscheidung kommt der Revisibilität aber auch keine besondere praktische Bedeutung zu. Zwar wirkt die Entscheidung "inter partes", so daß der Antragsteller eine nochmalige Überprüfung nicht in die Wege leiten kann. Jedoch erfaßt der Nachteil, auf den sich der Antragsteller bei seinem "Angriff" auf die Rechtsvorschrift beruft, in aller Regel eine Reihe anderer Adressaten,¹⁾ die eine nochmalige Überprüfung veranlassen

¹ unterstellt, es handelt sich bei dem Antragsteller nicht um einen Querulanten.

können. Dem Einwand, das Gericht werde dann nicht anders entscheiden, kann entgegengehalten werden, daß zum einen das Gericht angesichts neuer Anträge mit neuen Argumenten seine Entscheidung durchaus überdenken kann; zum anderen wird das Gericht auch einer veränderten Sachlage Rechnung tragen, was angesichts der unbefristeten Antragsmöglichkeit nicht auszuschließen ist.

Neben dem mangelnden praktischen Bedürfnis sprechen auch rechtsdogmatische Gründe gegen die Anfechtbarkeit der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollentscheidung.

Im Mittelpunkt steht dabei die Tatsache, daß die Revision eine Tatsacheninstanz voraussetzt und ferner, daß das bundesstaatliche Prinzip eine Grundlage unserer Verfassung ist.¹⁾ Begrifflich ist die Revision ein gegen Urteile zugelassenes Rechtsmittel, das nur auf eine Rechtsverletzung gestützt werden kann, so daß im Gegensatz zur Berufung keine neue Tatsacheninstanz eröffnet wird. Im Umkehrschluß bedeutet dies - wie bereits oben angeführt - , daß der Revision eine Tatsacheninstanz vorausgehen muß. Daran fehlt es aber bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gem. § 47 VwGO, denn hier wird bereits über die Gültigkeit von Rechtsnormen entschieden. Insoweit würde sich ein "Revisionsverfahren" als ein nochmaliges verwaltungsgerichtliches Normenkontrollverfahren darstellen.²⁾

¹ Art. 20 Abs. 1 GG

² vgl. auch Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 62 m.w.N.: "Würde man die Revision zulassen, so würde sie ihres eigentlichen Charakters entkleidet".

Aber auch das föderative System der Bundesrepublik setzt hier Grenzen, soweit über die Gültigkeit von im Range unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften entschieden wird. Würde das Bundesverwaltungsgericht in einem Revisionsverfahren über die Gültigkeit von Landesrecht entscheiden, so würde die eigene originäre Staatsgewalt der Gliedstaaten tangiert. Dann würde ein außerhalb eines Bundeslandes stehendes Gericht die Rechtseinheit innerhalb eines Bundeslandes beeinflussen. Abgesehen von dem bereits erwähnten Art. 20 Abs. 1 GG steht dem auch Art. 30 GG entgegen, aus dem ebenfalls für die Rechtsprechung in ähnlicher Weise wie für die Gesetzgebung und für die Verwaltung der Verteilungs- und Vermutungsgrundsatz folgt: auch die Rechtsprechung ist Sache der Länder, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt.¹⁾

Im übrigen spricht für die hier vertretene Auffassung die in § 47 Abs. 3 VwGO enthaltene Regelung, daß das Oberverwaltungsgericht die Vereinbarkeit der Rechtsvorschrift mit Landesrecht nicht prüft, soweit gesetzlich vorgesehen ist - nämlich durch die Landesverfassung oder durch förmliches Landesgesetz - , daß die Rechtsvorschrift ausschließlich durch das Verfassungsgericht eines Landes nachprüfbar ist. Der Landesgesetzgeber könnte einer Revisionsmöglichkeit entgegenwirken, wenn er - was zu erwarten wäre - die Nachprüfbarkeit durch das Landesverfassungsgericht bestimmt.

¹ vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 237

Indes kann der allein für die Anfechtbarkeit angeführte Grund der Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu keiner anderen Beurteilung führen.

Mit dem in § 47 Abs. 5 VwGO neu geregelten Vorlageverfahren ist auch diesen Bedenken vorgebeugt. Daß diese Regelung einem bislang bestehenden Bedürfnis entspricht, ist nicht zu leugnen. Es dürfte nunmehr unstreitig sein, daß insbesondere aufgrund der Regelung in § 47 Abs. 5 VwGO Bundesrecht uneingeschränkt als Prüfungsmaßstab in Betracht kommt.¹⁾ Ebenso wie die Revision sichert das Vorlageverfahren die Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Nicht anders als bei der Revision²⁾ entscheidet das Bundesverwaltungsgericht über die Auslegung revisiblen Rechts. Zwar entscheidet es nur über die Rechtsfrage - in der Sache obliegt die endgültige Entscheidung dem Oberverwaltungsgericht - , doch legt das Oberverwaltungsgericht die Sache unter Begründung seiner Rechtsauffassung nur in den Fällen vor, in denen die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (Grundsatzvorlage gem. § 47 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 VwGO) oder es von der Entscheidung eines anderen Oberverwaltungsgerichtes, des Bundesverwaltungsgerichts oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes abweichen will (Divergenzvorlage gem. § 47 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 VwGO). Dadurch wird

¹ vgl. Redeker/von Oertzen, 7. Aufl., § 47 Rdnr. 18; Schunck/De Clerck, 3. Aufl., S. 313; Krebs, Verw Arch 69 (1978), S. 331

² vgl. § 137 Abs. 1 VwGO

die Einheit der Rechtsprechung verwirklicht, was sich insbesondere aus der Divergenzvorlage ergibt. Sie hat den Sinn, die Einheitlichkeit der Auslegung und die Fortbildung des Rechts zu gewährleisten; sie entspricht dem Prinzip "praktischer Konkordanz" auch zwischen verschiedenrangigen Rechtsnormen.¹⁾ Überdies wird die vom Gesetzgeber verfolgte Zielrichtung dadurch untermauert, daß § 47 Abs. 5 VwGO für das Oberverwaltungsgericht eine Vorlagepflicht statuiert. Aus der Formulierung "legt die Sache vor" ist weder ein Ermessens- noch ein Beurteilungsspielraum zu entnehmen.²⁾ Schließlich ist das Oberverwaltungsgericht an die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts gebunden.³⁾ In § 47 Abs. 5 VwGO ist dies zwar nicht ausgesprochen, doch ergibt sich die Bindungswirkung in Rechtsanalogie aus §§ 130, 144 VwGO⁴⁾. Aus §§ 130 Abs. 2 und 144 Abs. 6 VwGO folgt, daß das "untere" Gericht an die rechtliche Beurteilung des "oberen" Gerichts gebunden ist.

¹ vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 181

² vgl. Zuck, DVBl. 1978, S. 168

³ vgl. Zuck, a.a.O.; Kopp, § 47 Rdnr. 61

⁴ vgl. Achterberg, a.a.O., S. 182

Darüber hinaus spricht auch der Sinn und Zweck des § 47 Abs. 5 VwGO für eine Bindungswirkung. Die Regelung des § 47 Abs. 5 VwGO wäre überflüssig, wenn das Oberverwaltungsgericht an seiner vom Bundesverwaltungsgericht abweichenden Auffassung festhalten könnte.¹⁾

Als Ergebnis kann daher festgehalten werden, daß der fehlenden Revisibilität der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollentscheidung, insbesondere nach der Einführung des Vorlageverfahrens, weder in praktischer noch in rechtsdogmatischer Hinsicht Bedenken entgegengehalten werden können. Der besonderen Situation Berlins braucht daher in diesem Zusammenhang nicht nachgegangen zu werden.

¹ An die Unterlassung der Vorlage sind keine rechtlichen Folgen geknüpft. Eine derartige Regelung würde auch nicht mit der richterlichen Unabhängigkeit in Einklang stehen. Im übrigen wird der Bedeutung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens in einigen Bundesländern dadurch Rechnung getragen, daß die Senate des Oberverwaltungsgerichts in den Verfahren nach § 47 VwGO in der Besetzung von fünf Berufsrichtern entscheiden, vgl. § 10 Abs. 2 AGVwGO NW; § 5 AGVwGO Bad.-Württ.; Art. 5 Abs. 2 AGVwGO Bay.; § 11 Abs. 2 AGVwGO Hessen; § 2 Abs. 2 AGVwGO Rheinland-Pfalz. Letztlich steht den Beteiligten noch die Möglichkeit offen, die - nicht lediglich entschuldbare - irrtümliche Verletzung der Vorlagepflicht wegen Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG im Wege der Verfassungsbeschwerde überprüfen zu lassen, vgl. Tschira/Schmitt Glaeser, S. 255; Kopp, § 47 Rdnr. 59; BVerfG, NJW 1976, S. 2128

6. Unmittelbar geltendes Recht oder nur Rahmenvorschriften?

Die Frage, ob die in § 47 VwGO enthaltenen Verfahrensvorschriften unmittelbar geltendes Recht oder nur Rahmenvorschriften sind, konnte sich zur Zeit der Geltung des § 25 VGG nicht stellen, denn diese Vorschrift besaß unmittelbar Gesetzeskraft.¹⁾ Anders dagegen bei § 47 VwGO. Hier konnte sich, nachdem sich der Landesgesetzgeber positiv für das "ob" entschieden hatte, die Frage über das "wie" stellen.

Die Beantwortung der gestellten Frage gibt Aufschluß darüber, ob der Landesgesetzgeber nach Einführung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle auch Vorschriften darüber erlassen kann, wie im einzelnen das Normenkontrollverfahren durchzuführen ist. Insoweit kommt ihr eine praktische Bedeutung zu. Wenn sie dennoch in der Vergangenheit keine größere Bedeutung fand, so liegt dies darin begründet, daß sich keine Anhaltspunkte für die Auffassung finden lassen, § 47 VwGO enthalte bezüglich des Verfahrens lediglich Rahmenvorschriften. Soweit ersichtlich, wurde diese Auffassung auch nur vereinzelt vertreten.²⁾

¹ vgl. S. 25

² In der Rspr.: BayVGH, BayVBl. 1972, S. 327; in der Literatur: Engelken, Diss., S. 8 ff., der allerdings sowohl die Vorschriften des Bundes- als auch des Landesrechts für das Verfahren heranziehen will.

Zunächst liegt es auf der Hand, daß das Verfahren gem. § 47 VwGO nicht unterschiedlich geregelt sein kann, nämlich gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO als unmittelbar geltendes Bundesrecht und gem. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO iVm der Landesgesetzgebung als unmittelbar geltendes Landesrecht. Dies würde zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führen, selbst wenn der Rahmen durch § 47 VwGO für die landesrechtliche Regelung bestimmt wäre.

Des weiteren ist ein solcher Wille des Gesetzgebers weder aus dem Wortlaut noch aus den Materialien zu entnehmen.¹⁾ Im Gegenteil, die sonstigen Regelungen in der Verwaltungsgerichtsordnung²⁾ lassen den Schluß zu, daß der Gesetzgeber - auch angesichts der nunmehr relativ umfangreichen Regelungen des § 47 VwGO - eine ausdrückliche Regelung getroffen hätte, wenn die Länder Verfahrensvorschriften hätten erlassen können.

Ungeachtet vorstehender Ausführungen verbietet sich eine andere Auffassung aus den grundgesetzlichen Vorschriften.

¹ vgl. BR-Drucks. 533/75, S. 8 II zu Abs. 1 Nr. 4 a: "...weil man davon ausging, daß es in erster Linie Sache der Länder selbst sei zu bestimmen, wie sie die Prüfung des Landesrechts auf seine Gesetzmäßigkeit ausgestalten und die Zuständigkeit der Verfassungsgerichte umreißen wollen." Dies betrifft eindeutig das "ob" des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens. Ausführungen über das "wie" fehlen.

² vgl. §§ 3 Abs. 2, 9 Abs. 3 VwGO

Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle gehört zum gerichtlichen Verfahren und damit zur konkurrierenden Gesetzgebung.¹⁾ Gem. Art. 72 Abs. 1 GG haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht keinen Gebrauch gemacht hat. Ein Bedürfnis zur bundesgesetzlichen Regelung²⁾ besteht auch aus Gründen der Rechtseinheit.³⁾ Im übrigen gehört das gerichtliche Verfahren nicht zu den Gebieten des Art. 75 GG, für die der Bund Rahmenvorschriften erlassen kann. Daraus folgt, daß der Landesgesetzgeber nicht berechtigt ist, das Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle zu regeln. Trifft er dennoch eine Verfahrensregelung, so würde diese an Art. 31 GG scheitern. Denn Art. 31 GG ist eine Kollisionsnorm, die bestimmt, welches Recht im Falle kollidierender Normsetzung des Bundes- und Landesgesetzgebers gilt.⁴⁾ Auch soweit § 47 VwGO keine ausdrückliche Regelung enthält, kann das Landesrecht diese "Lücke" nicht ausfüllen. Vielmehr ist diese Lücke durch die übrigen Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung zu schließen.⁵⁾

1 Art. 74 Nr. 1 GG

2 Art. 72 Abs. 2 GG

3 Zur Entscheidung über das Bedürfnis für die Bundesgesetzgebung vgl. Achterberg, DVBl. 1967, S. 213

4 vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 31 Rdnr. 1, S. 411

5 Engelken, Diss., S. 12 übersieht offensichtlich Art. 31 GG, wenn er meint, daß alle Vorschriften des Bundes- oder Landesrechts angewendet werden könnten.

7. Die sonstige verfahrensrechtliche Ausgestaltung
des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollver-
fahrens

Angesichts der Tatsache, daß auch für das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren die allgemeinen Verfahrensvorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung grundsätzlich gelten, bedarf es noch der Betrachtung weiterer - im übrigen von besonderem praktischen Interesse - verfahrensrechtlicher Gesichtspunkte, bei denen in der Vergangenheit weitgehend Einigkeit bestand.

Im Mittelpunkt der sonstigen verfahrensrechtlichen Fragen steht die Beiladung. Nachdem lange allgemein vertreten wurde, die Beiladung sei im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren unzulässig, sind gerade in der letzten Zeit gegen-
teilige Stimmen laut geworden.

Der ablehnenden Haltung gegenüber der Zulässigkeit der Beiladung im Normenkontrollverfahren liegen verschiedene Begründungen zugrunde. So wird sie für unzulässig gehalten und erübrigt sich ferner wegen der Regelung in § 47 Abs. 2 Satz 3 VwGO,¹⁾ der Unbestimmbarkeit des durch die Vorschrift betroffenen Personenkreises und

¹⁾ Schunck/De Clerck, 3. Aufl., § 47 Anm. 3 e: "Die ausdrückliche Vorschrift des Abs. 2 Satz 3 über die Anhörung zwingt zu dem Gegenschuß, daß eine Beiladung entsprechend §§ 65, 66 im Normenkontrollverfahren ausgeschlossen ist". Damit haben die Verfasser ihre frühere Meinung aufgegeben, vgl. 1. Aufl., § 47 Anm. 3 e. Dennoch wird als Gegenmeinung auch in neueren Auflagen der Kommentare zur VwGO stets Schunck/De Clerck angegeben, vgl. Kopp, 4. Aufl., § 47 Rdnr. 23; Redeker/von Oertzen, 6. Aufl., § 47 Rdnr. 28

der allgemeinen Verbindlichkeit der die Ungültigkeit der Norm feststellenden Entscheidung.¹⁾ Andere meinen, die Beiladung sei der abstrakten Normenkontrolle begrifflich fremd,²⁾ weil es hier nicht um einen konkreten Rechtsstreit gehe, zu dem andere konkrete tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse in Beziehung stehen könnten. Schließlich wird in der Rechtsprechung³⁾ noch vertreten, § 65 VwGO beziehe sich seinem Wortlaut nach auf die Klageverfahren und könne auf das Normenkontrollverfahren nicht entsprechend angewendet werden.

Mit beachtlichen Argumenten, die hier zu eigen gemacht und vertieft werden sollen, wird dieser auch heute noch herrschenden Meinung entgegengetreten, zumal - insbesondere auch nach der Neufassung des § 47 VwGO - der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle ein anderes Verständnis, als es früher der Fall gewesen ist, entgegengebracht werden muß.

¹ vgl. Redeker/von Oertzen, 6. Aufl., m.w.N. aus der Rspr.; v. Engelhardt, S. 234; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 55

² vgl. Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 58; Wolff/Bachof III, § 165 III b Rdnr. 20; Eyermann/Fröhler § 47 Rdnr. 35

³ Bad.-Württ.VGH, ESVGH 19, S. 151

Die herrschende Meinung ließ sich ganz offensichtlich von der früher weit verbreiteten dogmatischen Einordnung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle als objektives Beanstandungsverfahren leiten. Dementsprechend wurde die Beiladung als eine dem subjektiven Rechtsschutz dienende Vorschrift für das Normenkontrollverfahren abgelehnt.¹⁾ Da in der dogmatischen Einordnung nunmehr ein Wandel eingetreten ist, der auch in der Geschichte der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle zu suchen ist,²⁾ wird der herrschenden Meinung mit Recht entgegengehalten, daß die Normenkontrolle gem. § 47 VwGO zumindest auch Rechtsschutzfunktion besitzt.³⁾ Folglich muß der Rechtsschutzgedanke auch bei einem Drittbetroffenen Platz greifen, weil dieser an dem Ausgang des Verfahrens ein rechtlich geschütztes Interesse hat. Ist das der Fall, so liegen die Voraussetzungen des § 65 Abs. 1 VwGO vor, so daß einer (einfachen) Beiladung nichts im Wege stehen dürfte. An dieser Stelle zeigt sich auch der Fehler der herrschenden Meinung, wenn sie nicht zwischen der einfachen Beiladung gem. § 65 Abs. 1 VwGO und der notwendigen Beiladung gem. § 65 Abs. 2 VwGO unterscheidet, sondern meint, daß angesichts des unbestimmten Personenkreises eine Beiladung

¹ vgl. Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 35, Bad.-Württ VGH, ESVGH 19, S. 151

² vgl. im übrigen die Ausführungen zum Rechtsschutz-/Rechtsbeanstandungsverfahren S. 64 ff.

³ vgl. Kopp, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, S. 399; ders., Festschrift zum 100jährigen Bestehen des BayVGH, S. 215 ff.; Achterberg, VerwArch 1981, S. 174

nicht zu verwirklichen sei.¹⁾ Diese Bedenken scheiden bereits aus, wenn gem. § 65 VwGO zwischen den Arten der Beiladung differenziert wird, was vereinzelt auch in jüngster Zeit geschieht.²⁾

Denn bei der einfachen Beiladung gem. § 65 Abs. 1 VwGO ist der Personenkreis der Beizuladenden sehr wohl bestimmbar. Er richtet sich nach der Anzahl derer, die den Beiladungsantrag stellen, hängt im übrigen aber von der Ermessensentscheidung des Gerichts ab.³⁾ Dieser Kreis wird weiter dadurch begrenzt, daß durch die Entscheidung die rechtlichen Interessen der Beizuladenden berührt sein müssen. Demzufolge können die Interessen nicht identisch mit denen des Antragstellers sein. Das ergibt sich zum einen daraus, daß im Falle der die Ungültigkeit der Rechtsnorm feststellenden Entscheidung diese allgemeinverbindlich ist und dem Interesse des die Beiladung Begehrenden⁴⁾ damit Genüge getan ist: jedenfalls würde die Ermessensentscheidung des Gerichts dieses berücksichtigen. Zum anderen kann für den Fall, daß der Antrag des Antragstellers keinen Erfolg hat, der Dritte selbst ein neues Normenkontrollverfahren einleiten.

¹⁾ vgl. v. Engelhardt, S. 234; Tschira/Schmitt Glaeser S. 55; Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 35; Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 28

²⁾ soweit ersichtlich: Kopp, Festschrift 100 Jahre BayVG, S. 217 ff.; Achterberg VerwArch 1981, S. 174/175; OVG Münster, DÖV 1980, S. 768. So sehr die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts zu begrüßen ist, enthält sie einen Widerspruch, wenn in der Begründung ausgeführt wird, daß im Normenkontrollverfahren eine Entscheidung in einem der Sache nach objektiven Beanstandungsverfahren ergeht.

³⁾ vgl. Achterberg, a.a.O.

⁴⁾ Das Interesse ist dann identisch mit dem des Antragstellers.

Berücksichtigt man dies, so kann der Kreis derjenigen, die an der Gültigkeit der Rechtsnorm ein rechtliches Interesse haben und daher auf seiten des Antragsgegners stehen, nicht unübersehbar sein. Im Gegenteil, er kann in einigen Fällen sogar kleiner sein, als in den Fällen, wo die Regelung durch Verwaltungsakte erfolgt.¹⁾

Dann ist aber auch nicht einzusehen, warum die einfache Beiladung von der Form der hoheitlichen Regelung abhängig sein soll. Bei dieser Gelegenheit ist auch die Möglichkeit der Austauschbarkeit der Handlungsformen der öffentlichen Verwaltung zwischen Rechtsetzungsakt einerseits und Verwaltungsakt andererseits zu nennen.²⁾

Wie schon zu anderen Problemkreisen ausgeführt,³⁾ könnte dies zu einer Verkürzung des Rechtsschutzes führen.

Überdies zeichnet sich die Tendenz ab, für sogenannte Großvorhaben im Außenbereich eine förmliche Bauleitplanung zu verlangen.⁴⁾

Soweit bislang vertreten wurde, daß sich § 65 VwGO dem Wortlaut nach auf die Klageverfahren der Verwaltungsgerichtsordnung beziehe und auf das Normenkontrollverfahren nicht entsprechend angewandt

¹ z.B. bei Massenverfahren in Umweltsachen, vgl. Kopp, Festschrift 100 Jahre BayVGH, S. 216

² Darauf weist Kopp, a.a.O. zu Recht hin.

³ vgl. insbesondere die Ausführungen zur Rechtsverordnung im formellen Sinne, S.40 ff.

⁴ vgl. Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts in: DVBL.1969, S. 359 ff.; BauR 1977, S. 104 ff.; OVG Münster, ZMR 1976, S. 247. In der Literatur: Hoppe, NJW 1978, S. 1229; ders., Staatsaufgabe, Umweltschutz VVDStRL 38, S. 298; Schlichter, GewArch 1978, S. 318; a.A. Römermann, NJW 1978, S. 2286

werden könne,¹⁾ ist dieses Argument schon durch die Neufassung des § 47 VwGO überholt, denn gem. Abs. 6 Satz 1 entscheidet das Oberverwaltungsgericht durch Urteil.²⁾ Darüber hinaus läßt sich dieses Ergebnis sowohl aus der systematischen Stellung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gem. § 47 VwGO im 6. Abschnitt gemeinsam mit den anderen Klagearten als auch aus der systematischen Stellung der Beiladung gem. § 65 VwGO im 7. Abschnitt - Allgemeine Verfahrensvorschriften - der Verwaltungsgerichtsordnung belegen.

Schließlich läßt sich auch aus § 47 Abs. 2 Satz 3 VwGO nichts Gegenteiliges entnehmen.³⁾ Diese Anhörung, die im übrigen schon durch den Wortlaut des Gesetzes auf einen bestimmten Adressatenkreis begrenzt ist, unterscheidet sich von der Beiladung ganz erheblich. Mit ihr wird keine Beteiligtenstellung gem. § 63 VwGO erlangt; ferner kommt die Anhörung nur dann in Betracht, wenn die Zuständigkeit durch die Rechtsvorschrift und nicht rechtliche Interessen durch die Normenkontrollentscheidung berührt werden. Die bloße Anhörung dient lediglich dem Interesse einer besseren Aufklärung aller für die Entscheidung möglicherweise erheblichen Gesichtspunkte.⁴⁾

¹⁾ vgl. Bad.-Württ.VGH, ESVGH 19, S. 151

²⁾ Das ist der Regelfall.

³⁾ so aber Schunck/De Clerck, § 47 Anm. 3 e

⁴⁾ vgl. Kopp, § 47 Rdnr. 22

Allerdings wird die notwendige Beiladung im Normenkontrollverfahren abzulehnen sein.¹⁾ Geht man von der Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung aus,²⁾ so liefe man Gefahr, daß der Personenkreis unüberschaubar würde. Auch der Weg, die notwendige Beiladung auf die Fälle zu begrenzen, in denen die angegriffene Rechtsvorschrift unmittelbare Rechtswirkungen für die Rechte der Betroffenen in gleicher Weise entfaltet, wie sie ein entsprechender Verwaltungsakt mit vergleichbarem Inhalt hätte,³⁾ führt zu keinem brauchbaren Ergebnis. Denn in Wahrheit wird durch diese Hypothese der Kreis nicht eingeschränkt. Die praktischen Schwierigkeiten ergeben sich außerdem noch aus einem anderen Gesichtspunkt: Die notwendige Beiladung gem. § 65 Abs. 2 VwGO ist für das Gericht zwingend; unterbleibt sie, so leidet das Verfahren an einem wesentlichen Mangel.⁴⁾ Es stellt sich daher die Frage, wie das Gericht die Fälle der notwendigen Beiladung erfassen soll, wenn nach der obigen Konstruktion verfahren wird. Brauchbarer erscheint dagegen der Weg, die notwendige Beiladung im Falle paralleler Betroffenheit auszuschließen.⁵⁾

¹⁾ so Achterberg, VerwArch 1981, S. 174/175; OVG Münster, DÖV 1980, S. 768; vgl. im übrigen zur notwendigen Beiladung im Verwaltungsprozeß: Bühren, JuS 1976, S. 512

²⁾ vgl. S. 59 ff.

³⁾ so Kopp, Festschrift 100 Jahre BayVGH, S. 219

⁴⁾ so Kopp, § 65 Rdnr. 6

⁵⁾ so Kopp, a.a.O., S. 219

Letztlich erübrigt sich eine endgültige Festlegung zu dieser Frage, denn es ist fraglich, ob sich das Problem der notwendigen Beiladung im Normenkontrollverfahren überhaupt stellen kann. Die in Betracht kommenden Fälle werden meist über die einfache Beiladung gem. § 65 Abs. 1 VwGO erfaßt.¹⁾

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß die einfache Beiladung gem. § 65 Abs. 1 VwGO auch im Normenkontrollverfahren zulässig ist.

Dagegen sind die übrigen verfahrensrechtlichen Fragen von geringerer Bedeutung. Erwähnenswert sind dabei die zur Verfahrensbeendigung führenden Prozeßhandlungen. Entscheidend wird man darauf abzustellen haben, ob und in welchem Umfang auch im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren die Dispositionsmaxime (Verfügungsgrundsatz) gilt.²⁾

Zunächst ist festzustellen, daß die Dispositionsmaxime unabhängig vom Untersuchungsgrundsatz ist, der von der Dispositionsmaxime unberührt bleibt.³⁾

¹ Das zeigen die Ausführungen zur einfachen Beiladung sowie die von Kopp, Festschrift 100 Jahre BayVGH, S. 219 angeführten Beispiele

² Rasch, BauR 1977, S. 153 und v. Engelhardt, S. 234 ff. bejahen dies; kein "echtes Streitverfahren zur Durchsetzung subjektiver Rechte" sieht das OVG Bremen, DÖV 1965, S. 210 im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren; vgl. ferner die Ansicht des BVerwG, NJW 1961, S. 115

³ vgl. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 28 II, S. 108 ff.; "der Untersuchungsgrundsatz bezieht sich nur auf die Erforschung des Sachverhalts"; v. Engelhardt, S. 234 FN 426, 427

Die Dispositionsmaxime gilt auch im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren, selbst wenn im Gegensatz zu anderen Klagearten hier u.a. objektive Rechtskontrolle ausgeübt wird. Denn das Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO ist auch Rechtsschutzverfahren, woraus zu folgern ist, daß die Beteiligten die Herrschaft über den Streitgegenstand behalten. Dies macht auch die Antragsbefugnis deutlich. Das Gericht kann nicht ex officio das Normenkontrollverfahren in die Wege leiten, sondern es muß den Antrag abwarten. Aus diesem Grunde ist das Gericht nicht berechtigt, das Verfahren gegen den Willen des Antragstellers fortzusetzen. Die kontradiktorische Ausgestaltung des Normenkontrollverfahrens ist ein weiteres Indiz für die Befugnis der Beteiligten, über den Streitgegenstand zu verfügen.¹⁾

Indes bleibt zu klären, in welchem Umfang die Dispositionsmaxime bei den einzelnen Prozeßhandlungen gilt.

¹ Diesbezüglich zweifelt v. Engelhardt, S. 235 mit Recht die Ausführungen des OVG Bremen, DÖV 1965, S. 210 an. Folgerichtig wäre es gewesen, wenn das OVG Bremen bei Annahme eines reinen objektiven Beanstandungsverfahrens die Dispositionsmaxime abgelehnt hätte.

Ist die Dispositionsmaxime einmal bejaht, so folgt daraus, daß der Antragsteller ohne weiteres den gestellten Antrag zurückziehen kann. Gleiches gilt für den Verzicht und das Anerkenntnis.

Die Erledigung der Hauptsache tritt meist dann ein, wenn die Rechtsnorm nach Stellung des Antrags, aber vor der Entscheidung des Gerichts aufgehoben wird. Sie weist nur dann Schwierigkeiten auf, wenn die Beteiligten darüber streiten, ob die Hauptsache erledigt ist. Die ältere Rechtsprechung,¹⁾ wonach die Erledigungserklärung des Antragstellers nicht der Einwilligung des Antragsgegners bedarf, das Gericht aber auch nicht nachprüfen darf, ob der Rechtsstreit tatsächlich in der Hauptsache erledigt ist, ist durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts²⁾ überholt. Diese Auffassung - Entscheidung darüber, ob Erledigung eingetreten ist - wird auch den Beteiligten gerechter. Da sich der Streitpunkt nunmehr auf die Frage der Erledigung der Hauptsache verlagert hat, wäre es nicht sachgerecht und der Dispositionsmaxime entsprechend, wenn das Gericht über die "sekundäre" Frage entscheiden würde. Dies kann es - falls es zur Feststellung kommt, daß die Hauptsache nicht erledigt ist - nur tun, wenn der Antragsteller einen Hilfsantrag gestellt hat, worauf er gem. § 86 Abs. 3 VwGO hinzuweisen ist.³⁾

¹ Bad.-Württ.VGH, ESVGH 3, S. 7 ff.

² in BVerwGE 31, S. 318 ff. (319)

³ vgl. auch Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 45 I 1, S. 198; v. Engelhardt, S. 236

Problematisch ist schließlich noch, ob die Beteiligten einen Vergleich abschließen können.¹⁾ Ausgehend von der Geltung der Dispositionsmaxime im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren wird dies zu bejahen sein, jedoch ist nicht zu verkennen, daß im Einzelfall in der Praxis Schwierigkeiten auftreten können. Dies zeigt sich z.B. dann, wenn sich der Antragsgegner in einem Vergleich verpflichtet, einen Bebauungsplan teilweise zu ändern. Der Vergleich könnte nur unter dem Vorbehalt des Widerrufs geschlossen werden, weil der Bebauungsplan als Satzung beschlossen wird und für den Erlaß von Satzungen der Rat der Gemeinde gem. § 28 GG ausschließlich zuständig ist. Für den Bestand des Vergleichs wäre es förderlich, wenn das Gericht mögliche Bedenken gegen die Wirksamkeit des Bebauungsplanes protokolliert und dieses in der Ratssitzung erörtert würde. Es liegt dann nahe, daß der Rat den Vorschlägen der Verwaltung folgt und somit das Widerrufsrecht nicht ausgeübt wird. Hat bei teilweiser Abänderung des Bebauungsplanes der Vergleich für den Antragsgegner den Sinn, möglicherweise den Bebauungsplan nicht insgesamt ändern zu müssen, so wird bei einem entsprechenden Antrag dem Begehren des Antragstellers voll Rechnung getragen. Dann kann der Vergleich für den Antragsgegner nur den Sinn haben, eine günstige Kostenregelung zu finden. Ansonsten entspricht ein solcher Vergleichsinhalt dem Inhalt des Anerkenntnisses. Bestehen zwar gegen den Abschluß eines Vergleichs im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren keine Bedenken, so stellt sich - insbesondere für den Antragsgegner - die Frage, ob der

¹⁾ vgl. allgemein zum Prozeßvergleich: Meyer-Hesemann, DVBl. 1980, S. 871/872

Abschluß eines Vergleichs überhaupt sinnvoll und praktikabel ist. Das prozeßökonomische Bedürfnis gerade bei schwierigen Rechtsfragen für einen Prozeßvergleich ist grundsätzlich anzuerkennen. Gleichwohl stellt sich die Frage, wo hier die Prozeßökonomie liegt. Denkbar ist sie nur dort, wo der Antragsgegner durch den Vergleich erreicht, daß nicht die gesamte Rechtsnorm geändert werden muß. In zeitlicher Hinsicht wird sich wohl kaum eine Beschleunigung ergeben, da - falls die vom Vergleich berührte Vorschrift geändert werden muß und nicht lediglich fortfällt - in aller Regel der Verfahrensablauf kein anderer ist, als wenn die gesamte Rechtsnorm neu erlassen wird. Wichtiger für die Frage der Praktikabilität ist jedoch, daß der Vergleich mangels einer gerichtlichen Entscheidung lediglich inter-partes wirkt. Gerade auf dem Gebiete des Bauplanungsrechts¹⁾ sind aber Folgeverfahren keine Seltenheit, so daß - falls nicht wieder ein Vergleich zustande kommt²⁾ - die vom Antragsgegner eingeschlagene Zielsetzung nicht zum Tragen kommt. Von daher ist es für den Antragsgegner empfehlenswert, nur ausnahmsweise auf eine vergleichsweise Regelung zuzugehen. Dies würde im übrigen auch dem teilweisen Verfahrenscharakter der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle entsprechen, nämlich der Prozeßökonomie und der Rechtssicherheit zu dienen.

¹ vgl. die Bebauungsplanverfahren gem. § 47 VwGO beim Bad.-Württ. Verwaltungsgerichtshof in den Jahren 1976 - 1979 bei Schlez, BWVBl. 1980, S. 43. Die dortigen Zahlen zeigen auch, daß in den Normenkontrollverfahren kein einziger Vergleich zustande kam.

² Und weitere Vergleiche, bis von der Rechtsnorm nichts mehr übrig geblieben ist.

VI. Die Antragsbefugnis im Rahmen des § 47 VwGO

Hat die soeben abgehandelte Deutung und Einordnung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle für den Antragsteller keine - sieht man einmal von der Revisibilität der Normenkontrollentscheidung und von der Beiladung ab - besondere Bedeutung, so geht es bei der Antragsbefugnis um eine ihn unmittelbar betreffende Voraussetzung, die auf seine Person abstellend wesentlich die Zulässigkeit des Normenkontrollantrages bestimmt. Insofern gewinnt die Antragsbefugnis erhebliche praktische Bedeutung.

1. Der Umfang der Nachprüfung

Aus der Geltung der Dispositionsmaxime für das Normenkontrollverfahren folgt der Grundsatz, daß der Umfang der Nachprüfung durch den gestellten Antrag bestimmt wird - "ne eat iudex ultra petita partium" (vgl. § 88 VwGO).

Dennoch drängen sich Zweifelsfragen auf. Dabei sind zwei Fallkonstellationen denkbar:

Zum einen wird die Feststellung der Ungültigkeit der (gesamten) Rechtsnorm beantragt, das Gericht kommt aber zu dem Ergebnis, daß nur ein Teil der Rechtsnorm ungültig ist.

Zum anderen beantragt der Antragsteller nur die teilweise Feststellung der Ungültigkeit der Rechtsnorm, das Gericht kommt aber zu dem Ergebnis, daß auch andere Teile der Norm ungültig sind.

Vorweg kann festgestellt werden, daß Zweifelsfällen in der Praxis durch die Neufassung des § 47 VwGO weitgehend vorgebeugt ist. Das ergibt sich daraus, daß das Oberverwaltungsgericht nun-

mehr - im Regelfall¹⁾ - durch Urteil entscheidet, dagegen durch Beschluß, wenn es eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält (vgl. § 47 Abs. 6 Satz 1 VwGO). Insoweit kann das Gericht im Rahmen seiner Aufklärungspflicht gem. § 86 Abs. 3 VwGO auf eine entsprechende Antragstellung hinwirken, wobei es allerdings bei einer Erweiterung des Antrages darauf ankommt, ob dieser noch von der Antragsbefugnis gedeckt ist. So stellt sich das Problem des Umfanges der Nachprüfung eigentlich erst in den Fällen, in denen das Gericht nach Abschluß der mündlichen Verhandlung oder im Beschlußverfahren trotz schriftlicher Aufklärungsversuche zu dem Ergebnis kommt, daß die ungültigen Teile der Rechtsnorm nicht mit dem gestellten Antrag kongruent sind.

Als unproblematisch erweist sich die erste Fallgruppe. Wenn der Antragsteller die Ungültigkeit der Rechtsnorm beantragt, das Gericht aber nur einen Teil für ungültig erklären will, kann dies nicht dazu führen, den Antrag teilweise abzuweisen. Denn wenn der Antragsteller ausführt, er habe durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung einen Nachteil erlitten oder in absehbarer Zeit zu erwarten und dementsprechend seinen Antrag auf die Rechtsvorschrift bezieht, so stehen beide - Antrag und Nachteil - in völligem Einklang. Im übrigen kann dem in der Regel rechtsunkundigen Antragsteller nicht zugemutet werden, zwischen selbständigen und unselbständigen Teilbereichen unterscheiden zu können.²⁾

¹ vgl. S. 78

² Dies könnte man der Argumentation von Masson, BayVBl. 1957, S. 233 (236) entnehmen, wenn man den gestellten Antrag so wörtlich nehmen will.

Nicht so einfach läßt sich die zweite Fallgruppe lösen.

Die Beschränkung des Antrags auf einen Teilbereich ist gerade im Bauplanungsrecht gängige Praxis und ergibt sich im übrigen auch aus dem Vortrag des Antragstellers.¹⁾ Dies kann auch durchaus sinnvoll sein, wenn nämlich der Antragsteller innerhalb eines Plangebietes mehrere Grundstücke hat und er nur für einen Teilbereich mit dem Inhalt des Planes nicht konform geht.

Dann stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die beanstandete Norm auf nicht beanstandete Rechtsvorschriften hat. In der Regel wird es sich dabei um andere Teile derselben Rechtsvorschrift handeln. Jedoch sind auch Fälle denkbar, in denen andere Rechtsvorschriften berührt werden, wie dies beispielsweise bei der engen Verzahnung im Kommunalabgabenrecht zwischen Entwässerungs-, Beitrag- und Gebührensatzungen der Fall ist.

Bei der Entscheidung dieser Frage ist zu berücksichtigen, daß die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle auch der Einheitlichkeit der Rechtsprechung und einer prozeßökonomischen Gestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu dienen bestimmt ist. In Rechtsprechung²⁾ und Literatur³⁾ besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß andere Rechts-

¹ vgl. OVG Münster, Urt. v. 16.1.1980 - 10 a NE 28/78 - "den Bebauungsplan Nr. für nichtig zu erklären, soweit er das Grundstück ...erfaßt"

² Bad.-Württ.VGH, DÖV 1964, S. 764; HessVGH, DVBl. 1978, S. 177; OVG Münster, BauR 1980, S. 235 ff.; OVG Berlin, BauR 1980, S. 239 ff.

³ Masson, BayVBl. 1957, S. 236; Klein, NJW 1961, S. 1612; Schunck/De Clerck, § 47 Anm. 2 c; Kopp, § 47 Rdnr. 63; Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 24

normen von der Überprüfung mit erfaßt werden, wenn sie mit der beanstandeten Vorschrift in einem so engen und unmittelbaren Zusammenhang stehen, daß auch sie von der Ungültigkeit der beanstandeten Norm erfaßt werden. Dieser enge und unmittelbare Zusammenhang dürfte indes nicht schwer zu bestimmen sein, wenn man dabei objektive Kriterien zugrundelegt.¹⁾ So haben sich in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁾ die Fälle herausgebildet, in denen andere Rechtsvorschriften keine sinnvolle Regelung mehr darstellen oder ihnen durch die Ungültigkeitserklärung einer Vorschrift ein neuer Sinn unterschoben werden könnte bzw. ihnen keinerlei selbständige Bedeutung mehr zukommt.³⁾ Insoweit kommt hier § 139 BGB als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens entsprechend zur Anwendung.⁴⁾

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß eine andere Sachlage gegeben ist, als bei den Rechtsvorschriften mit dem Inhalt verschiedener Gerichtsbarkeitsmaterien, die jeweils eine selbständige Bedeutung aufweisen.⁵⁾

¹ vgl. Becker, BauR 1980, S. 196

² vgl. Nachweise bei Wolfram, S. 140

³ Klein, NJW 1961, S. 1612; übernommen von Wolfram, S. 140/141

⁴ vgl. Müller, DVBl. 1964, S. 104 ff.; insbesondere Skouris, S. 74; zum Begriff der Nichtigkeit: Palandt, Überblick 4 a vor § 104 a.A. Masson, BayVBl. 1957, S. 236: "... der Gedanke des § 139 BGB dürfe nicht herangezogen werden, solange nicht auch in bezug auf die in Mitteleidenschaft gezogenen Vorschriften ein zulässiger Normenkontrollantrag gestellt worden ist." Dazu ist zu sagen, daß § 139 BGB bei einem entsprechenden Antrag ohnehin nicht bemüht zu werden braucht, da durch diesen der Umfang der Nachprüfung bereits feststeht.

⁵ vgl. S. 91

Letztlich wirft die in § 78 Satz 2 BVerfGG enthaltene Regelung, wonach das Bundesverfassungsgericht weitere Bestimmungen des gleichen Gesetzes ebenfalls für nichtig erklären kann, wenn sie aus denselben Gründen mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht unvereinbar sind, bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle die Frage auf, ob das Oberverwaltungsgericht auch bei Fehlen eines engen und unmittelbaren Zusammenhanges weitere Bestimmungen aus den gleichen Gründen für ungültig erklären kann.

Losgelöst von § 78 Satz 2 BVerfGG ist umstritten, ob die Gesamtnichtigkeit eines Gesetzes schon dann folgt, wenn keine Zuständigkeit zur Gesetzgebung bestand oder wenn bei dem Gesetzgebungsverfahren gegen wichtige Vorschriften gröblich verstoßen wurde.

Überwiegend wird in diesen Fällen die Gesamtnichtigkeit des Gesetzes angenommen, auch wenn dabei über den Antrag hinausgegangen wird.¹⁾ Nach einer anderen Meinung²⁾ verbietet die Dispositionsmaxime die Feststellung der Ungültigkeit der gesamten Rechtsnorm, so daß das Rechtsschutzbegehren durch einen weitergehenden Antrag zum Ausdruck kommen müßte.

Trotz des Grundsatzes der Dispositionsmaxime, der bereits bei der ersten sowie bei der zweiten Fallkonstellation hinsichtlich des engen und unmittelbaren Zusammenhanges durchbrochen wird, ist bei derartigen Mängeln die Gesamtnichtigkeit der Rechtsvorschrift anzunehmen. Dieses folgt aus

¹ vgl. Wolfram, S. 140 m.w.N.; OVG Münster, BauR 1980, S. 238/239

² v. Engelhardt, S. 240

dem Rechtsschutz- und Beanstandungscharakter der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle. Wie bei der Gesamtnichtigkeit bei engem und unmittelbarem Zusammenhang greifen auch hier die Gründe der Rechtssicherheit und der Verfahrensökonomie durch. Denn bei derartigen Mängeln sind Folgeprozesse vorprogrammiert. Eine andere Betrachtungsweise würde bei der Unzuständigkeit zur Gesetzgebung zu dem eigenartigen Ergebnis führen, daß bei einem Neuerlaß der für ungültig erklärten "Teilvorschrift" durch den zuständigen Gesetzgeber und gleichzeitigem Neuerlaß der "Restvorschrift" hinsichtlich dieses Teils zwei Normengeber existierten.¹⁾

Ansonsten kann § 78 Satz 2 BVerfGG im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren keine entsprechende Anwendung finden. Zunächst ist voranzustellen, daß § 78 Satz 2 BVerfGG dem Bundesverfassungsgericht die Ermessungsentscheidung einräumt, weitere Bestimmungen des gleichen Gesetzes für nichtig zu erklären, wenn kein enger und unmittelbarer Zusammenhang zwischen ihnen besteht. Der enge und unmittelbare Zusammenhang ist dagegen entscheidend, wenn sich gemäß § 78 Satz 1 BVerfGG die Frage stellt, ob eine Teil- oder Gesamtnichtigkeit des Gesetzes in Betracht kommt.²⁾

¹ Dann aber gilt der Vorrang der "lex posterior", wonach jedes spätere im hierarchischen Rang der geprüften Rechtsvorschrift gleichstehendes Recht dem früheren Recht vorgeht.

² vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, § 78 Rdnr. 24; ferner Rdnr. 25: "§ 78 Satz 2 erweitert die Befugnis zur Nichtigerklärung über den Prüfungsgegenstand hinaus"; Skouris, S. 31 ff.; Leibholz/Rupprecht § 78 Rdnr. 6, 7

Somit handelt es sich bei § 78 Satz 2 BVerfGG um eine Ausnahmenvorschrift, deren Normierung überflüssig gewesen wäre, wenn der in ihr zum Ausdruck gekommene Gedanke für prinzipale Normenkontrollverfahren selbstverständlich wäre.¹⁾

Darüber hinaus würde eine derartige Analogie zu weit gehen. So wird im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren bereits über den gestellten Antrag hinausgegangen, wenn ein enger und unmittelbarer Zusammenhang besteht, sei es über § 139 BGB oder über § 78 Satz 1 BVerfGG entsprechend. Bedenklich wäre es, dann weiter - gewissermaßen in einer zweistufigen Analogie - die Verfahrensvorschrift des § 78 Satz 2 BVerfGG heranzuziehen, zumal diese speziell die Fälle des § 13 Nr. 6 BVerfGG erfaßt, die sich ganz erheblich von dem verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren unterscheiden.

Für eine weitergehende Analogie besteht in der Praxis auch kein Bedürfnis, denn die wesentlichen Fälle werden dadurch erfaßt, daß der Umfang der

¹ so auch Klein, NJW 1961, S. 1217

Nachprüfung bei engem und unmittelbarem Zusammenhang der einzelnen Vorschriften zueinander sowie bei Vorliegen der genannten Mängel - Unzuständigkeit und grobe Verstöße beim Zustandekommen - über den Antrag hinausgehend erweitert wird.

Damit wird dem Rechtsschutz- und dem Beanstandungszweck des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens ausreichend genügt. Dem Oberverwaltungsgericht bleibt es im übrigen unbenommen, ungeachtet der Möglichkeit gemäß

§ 86 Abs. 3 VwGO, in den Gründen der Entscheidung die Bedenken anzuführen. Dies ist eine Möglichkeit, die unter dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit gelegentlich unerfreulichen Folgen der Bindung an den Antrag zu mildern.¹⁾

¹ Indes überrascht es, daß - soweit ersichtlich - sich bislang noch kein Vertreter der objektiven Beanstandungstheorie für die entsprechende Anwendung des § 78 Satz 2 BVerfGG eingesetzt hat, da nach dieser Ansicht - vgl. statt vieler Renck, BayVBl. 1979, S. 228/229 - die Beteiligten lediglich den Anstoß zur Rechtsbeanstandung geben, diese sodann aber umfassend erfolgt.

2. Die Antragsberechtigten im Rahmen des § 47 VwGO

a) Die natürlichen und juristischen Personen

Gegenüber dem alten Rechtszustand ist der Kreis der antragsberechtigten Personen unverändert geblieben. Hinsichtlich der juristischen Personen können dies auch solche des öffentlichen Rechts sein. Erwähnenswert ist dies deshalb, weil im Verfassungsbeschwerdeverfahren unter der Herrschaft der Konfusionstheorie nur ausnahmsweise die Antragsberechtigung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts möglich ist.¹⁾ Wenn derartige Bedenken bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nicht erhoben werden, so entspricht dieses einem praktischen Bedürfnis, das insbesondere im Zuge zahlreicher kommunaler Neuordnungen an Bedeutung gewonnen hat. Darüber hinaus zeigt sich die Notwendigkeit auch im Genehmigungsverfahren gemeindlicher Satzungen oder bei behördlichen Mitwirkungsakten in sonstigen Rechtsetzungsverfahren autonomer Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts.²⁾ Aufgrund der Autonomie dieser juristischen Personen des öffentlichen Rechts kann der Einwand der "etatistischen Ironie"³⁾ hier nicht gelten.

¹ vgl. dazu Achterberg, VerwArch 1981, S. 193 m.w.N.

² vgl. S. 41

³ Achterberg, a.a.O.

Ferner wird auch die Antragsberechtigung einer Gemeinde, die durch die angegriffene Rechtsnorm aufgelöst wurde, bejaht, wenn sie sich gegen die Auflösung oder gegen die Zuweisung ihres Gebietes und ihrer Gemeindeangehörigen wendet.¹⁾ Diese Situation entspricht der im Zivilprozeßrecht anerkannten Rechtslage, daß der angeblich nicht rechtsfähige Verein im Streit um seine Rechtsfähigkeit als rechtsfähig und damit parteifähig behandelt wird.²⁾ In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, daß die umfassende Antragsberechtigung der juristischen Personen in § 47 Abs. 2 VwGO dem erwähnten praktischen Bedürfnis entspricht und nicht auf die Schwierigkeiten stößt, die sich z.B. aus dem unzweideutigen Wortlaut des § 50 Abs. 2 ZPO hinsichtlich der aktiven Parteifähigkeit eines nicht rechtsfähigen Vereins ergibt.³⁾

¹ BayVGH, BayVBl. 1977, S. 433; Kopp, § 47, Rdnr. 19
Im übrigen stellte dies bereits der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich fest.

² vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 173

³ vgl. zu den örtlichen Problemen: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 50 Anm. 3 A; Thomas/Putzo, § 50 Anm. 2 e bb; Lent/Jauernig, § 49 II 2

b) Die Antragsbefugnis der natürlichen und
juristischen Personen-----

War bereits durch die alte Fassung des § 47 VwGO die alte Streitfrage zur Zeit der Geltung des § 25 VGG ausgeräumt, ob die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle auch für den Fall zulässig ist, wenn der Nachteil bereits eingetreten ist,¹⁾ so stellt die Neufassung nunmehr klar, daß bei sogenannten Vollzugsnormen²⁾ eine Benachteiligung schon von der Norm selbst ausgehen kann.³⁾

Indessen hat die Neufassung des § 47 VwGO nicht zu einer Beilegung des bislang bestehenden Meinungsstreits hinsichtlich der Antragsbefugnis beigetragen, etwa durch eine Konkretisierung des Nachteilserfordernisses. Seitens des Gesetzgebers ist dies bewußt unterblieben, um so den Gerichten besser zu ermöglichen, "für die sehr verschiedenartigen Normgestaltungen eine angemessene Lösung zu finden".⁴⁾ Ob den Wunschvorstellungen des Gesetzgebers in der Praxis Rechnung getragen werden konnte, bleibt nunmehr zu untersuchen.

aa) Meinungsstand

Nach einhelliger Meinung wird die Funktion der Nachteils Klausel gem. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO darin gesehen, die Popularklage auszuschließen.⁵⁾

¹ vgl. S. 27

² d.h. bei solchen Normen, bei denen es nicht mehr eines besonderen Vollzugsaktes der Behörde bedarf

³ vgl. BT-Drucks. 7/4324, S. 11

⁴ vgl. BT-Drucks. 7/4324, S. 11

⁵ vgl. Wolfram, S. 145; MöBle, BayVBl. 1976, S. 616; Kopp, § 47 Rdnr. 24; BT-Drucks., a.a.O.

Allerdings hat diese negative Abgrenzung sodann zu unzähligen Versuchen geführt, den Nachteil im Rahmen der Antragsbefugnis positiv zu bestimmen. Dabei zeigt sich eine breite Spanne von Anforderungen, die an die Antragsbefugnis gestellt werden. Ihre Endpunkte liegen zum einen in der Beeinträchtigung tatsächlicher, nicht notwendig rechtlich geschützter Interessen und zum anderen in der Verletzung eines subjektiv öffentlichen Rechts, während dazwischen zahlreiche Differenzierungen vorgenommen werden.

- (1) Die wohl weiteste Auslegung¹⁾ trifft der Baden-Württembergische Verwaltungsgerichtshof²⁾ in der Fortentwicklung seiner Rechtsprechung zu § 25 VGG. Danach müsse es sich nicht um einen Rechtsnachteil oder gar um die Verletzung subjektiv öffentlicher Rechte handeln, vielmehr reiche gemessen an dem jeweiligen Einzelfall für den Nachteil jede tatsächliche Beeinträchtigung aus. Dementsprechend werden Anträge auf Überprüfung von Bebauungsplänen zugelassen, obwohl die Antragsteller selbst außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs wohnen.³⁾

Vereinzelte geht man auch in der Literatur den Weg der besonders weiten Auslegung, indem die Beeinträchtigung der "rechtlichen Verhältnisse" des Antragstellers für erforderlich und ausreichend angesehen wird.⁴⁾ Die fehlende Festlegung auf rechtliche Interessen läßt diese Feststellung jedenfalls zu.

¹ Die "weite Auslegung" wird von Hoffmann, S. 27 ff. in zahlreichen Fällen angezweifelt.

² DVBl. 1967, S. 385 (387); hinsichtlich der vorübergehenden Abweichungen vgl. Hoffmann, S. 15/16

³ DÖV 1967, S. 309

⁴ Ule, § 47 III 1; ders., Verwaltungsprozeßrecht, S. 127; Forsthoff, S. 512

- (2) Die Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs verlief zunächst ähnlich wie die des Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshofs. Die Antragsbefugnis wurde bei jeder tatsächlichen Nachteilszufügung bejaht.¹⁾ Dieses Ergebnis gründete sich auf einem Vergleich zum Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes und führte dazu, auch wirtschaftliche oder ideelle Feststellungsinteressen ausreichen zu lassen. Teilweise wird dies auch in der Literatur vertreten.²⁾

Sodann änderte der Hessische Verwaltungsgerichtshof seine Auffassung dahingehend, daß nunmehr die Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses zu fordern sei.³⁾

¹ NJW 1967, S. 266;

² Elias, S. 183 ff.; Schmitt Glaeser/Tschira, BayVBl. 1970, S. 204; Krebs, VerwArch 69 (1978), S. 329 m.w.N.

³ NJW 1970, S. 1619; NJW 1971, S. 2005. Nach Hoffmann, S. 21 - unter Hinweis auf Meyer, DWW 1968, S. 125 - soll dies unter dem Einfluß der Kritik an der weiten Auslegung des Bad.-WürttVGH geschehen sein.

Eine Parallele findet sich ebenfalls in der Literatur.¹⁾

Ebenfalls von einer weiten zu einer engeren Auslegung verläuft die Linie des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs²⁾. So wird nunmehr der Begriff "Nachteil" mit "Rechtsnachteil" gleichgesetzt unter Berufung auf den Rechtsschutzcharakter des Normenkontrollverfahrens³⁾ und dem Bestreben,

¹ vgl. v. Engelhardt, S. 167; ferner Groth, DVBl. 1979, S. 179, insbesondere S. 183 zu der Frage, ob das rechtlich geschützte Interesse ein "eigenes Recht" des Nachbarn iSd §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1, 123 Abs. 1 VwGO ist.

Die berechtigte Kritik Hoffmanns (S. 27 ff.) zeigt sich an dieser Stelle. Denn nach der "weiten" Auslegung der "sog. h.M." ist die Verletzung rechtlich geschützter Interessen erforderlich (vgl. Klinger, § 47 C 2; Koehler, § 47 V 3; Schunck/De Clerck, § 47 Anm. 2 h; Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 23; Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 29; Kopp, § 47 Rdnr. 25; ders., BayVBl. 1977, S. 520; Rasch, BauR 1977, S. 149; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 127; Theuersbacher, JuS 1971, S. 95 (97)). Dabei wird aber unbeachtet gelassen, daß die Rechtsprechung des Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshofs und gleichfalls die frühere Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs erheblich weiter ging.

² VerwRspr. 4, S. 129 (134); NJW 1972, S. 2149

³ zu Recht bemängelt Hoffmann, S. 19, daß der Verwaltungsgerichtshof die Feststellung des Verfahrenscharakters nicht begründet. Dies ist um so verwunderlicher, als mit Renck, zuletzt BayVBl. 1979, S. 226/227; NJW 1980, S. 1024 ff. einer ihrer Richter ein entschiedener Vertreter der objektiven Beanstandungstheorie ist.

Popularanträge zu vermeiden. In seinem Vorlagebeschuß vom 27.6.1979 an das Bundesverwaltungsgericht will der Bayerische Verwaltungsgerichtshof schließlich geklärt wissen, ob es für die Antragsbefugnis eines unmittelbaren Nachteils oder einer Grundrechtsverletzung bedürfe.

- (3) Entgegen der Praxis der vorerwähnten Verwaltungsgerichtshöfe versuchte das Oberverwaltungsgericht Lüneburg bislang unabhängig von einem konkreten Fall eine allgemeingültige Lösung zu finden.¹⁾ Das Gericht neigt jedoch dazu, die Antragsbefugnis nach § 47 Abs. 2 VwGO mit der Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO gleichzusetzen. Ähnlich verfährt ein nicht unerheblicher Teil in der Literatur, der die Geltendmachung eines Rechtsnachteils verlangt.²⁾

Am 14.3.1979 hat das Oberverwaltungsgericht Lüneburg dann dem Bundesverwaltungsgericht die Frage zur Entscheidung vorgelegt, "ob unter dem Begriff des Nachteils in § 47 Abs. 2 VwGO die Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen zu verstehen ist, oder ob bereits eine nachteilige Beeinträchtigung der tatsächlichen Verhältnisse für die Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren ausreicht.

Das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz hatte bereits am 2.10.1978 einen gleichlautenden Vorlagebeschuß gefaßt.

¹ NJW 1970, S. 773 ff.; DÖV 1971, S. 242 ff.

² vgl. Hoffmann, S. 29 FN 101, 103 m.w.N.

- (4) Neben dem Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz haben sich nach Einführung des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO nunmehr auch die Oberverwaltungsgerichte der Ländern Nordrhein-Westfalen und Saarland mit dieser Thematik beschäftigen müssen.

Obwohl das Oberverwaltungsgericht Münster¹⁾ eine eindeutige Stellung nicht zu beziehen brauchte, weil auch bei besonders weiter Auslegung in dem zu entscheidenden Fall ein Nachteil zu verneinen war, läßt es in seinen Entscheidungsgründen Ansätze dahingehend erkennen, wirtschaftliche Interessen nicht unter den Begriff des Nachteils iSd § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO zu subsumieren. In weiteren Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Münster²⁾ ging die Tendenz jedoch dahin, unter dem Begriff "Nachteil" eine Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen zu verstehen, wobei allerdings nicht immer zu erkennen ist, inwieweit auch wirtschaftliche Interessen unerheblich sind.

Legt man demgegenüber die Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts Saarland³⁾ zugrunde - wie sie im übrigen auch im 1. Leitsatz zum Ausdruck kommen -:

"Demnach wird unter dem Begriff des "Nachteils" in § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO eine (unmittelbar) normbewirkte oder (absehbar) normbedingte, aus der verständlichen Sicht des Antragstellers für ihn nachteilige Veränderung eines Zustandes vorausgesetzt, auf dessen Aufrechterhaltung er einen Rechtsanspruch haben kann",

¹ DÖV 1978, S. 144 ff.

² Urt. v. 27.3.1979 - VII a NE 10/77 -; Beschl.v. 23.3.1979 - XIa NE 10/78 -; Urt. v. 26.4.1979 - VIIa NE 26/78 -; Urt. v. 28.8.1979 - VIIa NE 11/79 -; Urt. v. 23.10.1979 - VIIa NE 21/77 -

³ DÖV 1978, S. 215 ff.

so findet man hier die wohl engste Auslegung vor, denn danach erfordert die Antragsbefugnis die Verletzung eines subjektiv öffentlichen Rechtes durch die angegriffene Norm.

- (5) Aufgrund der bereits erwähnten Vorlagebeschlüsse¹⁾ hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Beschuß vom 9.11.1979²⁾ ausgeführt, daß ein Nachteil iSd § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO dann gegeben ist, "wenn der Antragsteller durch den Bebauungsplan oder durch dessen Anwendung negativ, d.h. verletzend, in einem Interesse betroffen wird, daß bei der Entscheidung über den Erlaß oder den Inhalt des Bebauungsplanes als privates Interesse des Antragstellers in der Abwägung berücksichtigt werden mußte". Dementsprechend haben diese Ausführungen beispielsweise in den letzten Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Münster³⁾ Eingang gefunden.

bb) Stellungnahme:

Zieht man bei diesem vielfältigen Meinungsstand Bilanz, so fällt auf, daß zur Deutung des Begriffs "Nachteil" iSd. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO eine Fülle neuer Begriffe wie "tatsächliche Beeinträchtigung"⁴⁾ "wirtschaftliche oder ideelle Feststellungsinteressen", "rechtlich geschützte Interessen",⁵⁾

¹ vgl. S. 181

² DÖV 1980, S. 217 ff. = DVBl. 1980, S. 233 ff.

³ Urt. v. 15.1.1980 - 7a NE 20/77 -; Urt. v. 15.1.1980 - 7a NE 1/79 -; Urt. v. 10.3.1980 - 11a NE 22/77 -; Urt. v. 3.4.1980 - 10a NE 17/78 -; Urt. v. 16.4.1980 - 7a NE 2/78 -; Beschl. v. 16.5.1980 - 10 a NE 11/79 -

⁴ vgl. S. 178

⁵ vgl. S. 179

"Rechtsnachteil", "unmittelbarer Nachteil",¹⁾
"nachteilige Beeinträchtigung der tatsächlichen
Verhältnisse",²⁾ "subjektiv öffentliches Recht",³⁾
"abwägungserhebliche Interessen",⁴⁾ entstanden
sind, die darüber hinaus in der Literatur noch
durch weitere Begriffe ergänzt werden.⁵⁾

Es liegt auf der Hand, daß die Vielfalt dieser
Begriffe einer abschließenden Klärung des Nach-
teilsbegriffs kaum zuträglich sein und in der
Praxis nur zu noch größeren Schwierigkeiten füh-
ren dürfte.

Indessen könnte eine weitere Erörterung unter-
bleiben, wenn der Beschluß des Bundesverwaltungs-
gerichts vom 9.11.1979 den Nachteilsbegriff iSd
§ 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO einer abschließenden Lö-
sung zugeführt hätte, zumal der Ansicht des Bun-
desverwaltungsgerichts als oberer Entscheidungs-
instanz eine bevorzugte Bedeutung zukommt.

1 vgl. S. 180

2 vgl. S. 181

3 vgl. S. 182

4 vgl. S. 183

5 Bender/Dohle, S. 45 Rdnr. 96 "unmittelbare Wir-
kungen gewichtiger Art"; König, DVBl. 1963, S.
82 FN 4 "unmittelbare und gegenwärtige Belastung";
Gallwas, S. 142 ff. "reflexweise Betroffenheit";
Engelken, Diss., S. 34 ff. "Betroffensein im tat-
sächlichen Sinne"; ders., DÖV 1971, S. 335 FN 44,
"tatsächlicher Nachteil von einigem Gewicht",
Möble, BayVBl 1976, S. 616 "faktische Beschwerde"

Zu dieser Klärung ist es jedoch nicht gekommen, wie dies auch schon in den ersten Stellungnahmen zum Ausdruck gekommen ist.¹⁾ Denn das Bundesverwaltungsgericht hat sich lediglich hinsichtlich der Kontrolle von Bebauungsplänen geäußert, obwohl der Inhalt zweier Vorlagen auf eine abstrakte Interpretation des Nachteilsbegriffs ging.²⁾

Mangels einer Begründung kann nur vermutet werden, daß die Ursache für die partielle Interpretation darin liegt, daß zum einen sämtlichen Vorlagen Bebauungspläne zugrundelagen, die das Bundesverwaltungsgericht durch Verbindung gem. § 93 VwGO auf den gemeinsamen Nenner "Bauplanungsrecht" brachte; zum anderen, daß aufgrund der bundesweiten Einführung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Überprüfung im Bauplanungsrecht am häufigsten in Betracht kommt.

Insoweit verbleibt es bei den übrigen unter § 47 Abs. 1 VwGO fallenden Rechtsnormen bei dem bisherigen unübersichtlichen und weit verzweigten Diskussionsstand. Das ist bedauerlich, zumal das Bundesverwaltungsgericht aufgrund von zwei Vorlagebeschlüssen³⁾ dazu aufgefordert war, § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO umfassend zu interpretieren.

¹ vgl. Bettermann, DVBl. 1980, S. 237 ff.; Skouris, DVBl. 1980, S. 315 ff.; Müller, DÖV 1980, S. 220 ff.; Brodersen, JuS 1980, S. 460

² vgl. S. 181

³ vgl. S. 181

Insbesondere besteht nunmehr in einigen Bundesländern¹⁾ die Gefahr, daß im Normenkontrollverfahren unterschiedliche Nachteilsbegriffe entwickelt werden, nämlich der nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO im Sinne des Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.11.1979 und der nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO. Dagegen bestehen aber erhebliche prozeßrechtliche Bedenken, die ferner dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen. Dieser hat auch mit der Neufassung des § 47 VwGO die generelle Regelung der Antragsbefugnis beibehalten, was er gegenüber der alten Fassung durch getrennte Absätze noch untermauert hat. Darüber hinaus ist es dem Prozeßrecht fremd, daß innerhalb einer bestimmten Verfahrensart die Zulässigkeitsvoraussetzungen unterschiedlich beurteilt werden. Wie bei der Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage der Verwaltungsakt im Mittelpunkt steht, ist dies im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren die Rechtsnorm. Wird dort nicht nach (öffentlich-rechtlichen) Rechtsgebieten unterschieden, so kann dies hier gleichfalls nicht der Fall sein. Anderenfalls käme im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren der Rechtsvorschrift je nach Rechtsgebiet ein - wie auch immer - unterschiedlicher Stellenwert zu. All diesen Bedenken hätte das Bundesverwaltungsgericht vorbeugen können.

Mag dies auch nicht glücklich sein, so sind die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts Entscheidungshilfen zur allgemeinen Bestimmung der Antragsbefugnis iSd § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO.

¹⁾ und zwar in denjenigen, die die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle gem. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO nicht eingeführt haben.

Vielfach erfolgte bislang eine Bestimmung der Antragsbefugnis, indem diese mit der Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO gleichgesetzt wurde.¹⁾

Der Kritik an dieser Auffassung²⁾ braucht nicht weiter nachgegangen zu werden, weil das Bundesverwaltungsgericht in seinen Gründen den Begriff "Nachteil" synonym mit dem "negativen Interesse" gebraucht und sich daher eindeutig für die Interessentenklage entschieden hat.³⁾ Insoweit kann es auch dahingestellt bleiben, ob die Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO die Verletzung eines subjektiven Rechts voraussetzt oder ob die Beeinträchtigung eines rechtlich geschützten Interesses ausreicht.⁴⁾ Ob freilich der jüngst vertretene Gedanke, der Gesetzgeber brauche die Regelung des § 42 Abs. 2 VwGO nicht beizubehalten,⁵⁾ auch für § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO in Er-

¹ vgl. S. 181

² vgl. dazu ausführlich Hoffmann, S. 33; ferner Möhle, BayVBl. 1976, S. 612/613

³ Zur Verletzten- und Interessentenklage vgl. Skouris, S. 140 ff. Damit schließt sich das Bundesverwaltungsgericht der Tendenz in der Literatur an, daß die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle eine Interessentenklage sei. vgl. Maurer, S. 289; Meyer, Zehn Jahre VwGO, S. 171; Möhle, a.a.O., S. 616; Papier, NJW 1977, S. 1714 (1719); Löwer, NJW 1979, S. 1268

⁴ vgl. Eyermann/Fröhler, § 42 Rdnr. 96; Kopp, § 42 Rdnr. 112

⁵ vgl. Gierth, DÖV 1980, S. 893 ff.

wägung zu ziehen ist, erscheint mehr als bedenklich.¹⁾

Abgesehen davon, daß dann die Antragsberechtigung dem "quivis ex populo" eingeräumt würde, was im Verfahren nach § 47 VwGO unumstritten nicht der Fall sein soll, müßte die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle völlig neu gedeutet werden.

Zu einer anderen Analogie, nämlich das Nachteils-erfordernis des § 47 Abs. 2 VwGO als gesetzlich konkretisiertes Rechtsschutzinteresse im Sinne des berechtigten Interesses gem. § 43 Abs. 1 VwGO zu interpretieren,²⁾ gibt der Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.11.1979 keine ausdrückliche Antwort.

Soweit in diesem Zusammenhang vertreten wird, ein Nachteil sei generell anzunehmen, wenn die Voraussetzungen einer Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO gegeben seien,³⁾ so ist Vorsicht geboten, denn diese Auffassung löst die Problematik nicht, sondern verschiebt sie nur,⁴⁾ und zwar insoweit, als es sich letztlich auch bei dem Begriff des "berechtigten Interesses" um einen offenen Begriff handelt.

Gleiches gilt für den Versuch, das Nachteilserfordernis deshalb an das berechnigte Interesse anzukoppeln, weil es sich bei diesem Streitverfahren um dasjenige mit den niedrigsten Anforderungen handele.⁵⁾ Letztere Feststellung trifft

¹ Bislang ist diese Forderung noch nicht erhoben worden.

² vgl. Tschira/Schmitt Glaeser, 4. Aufl., S. 253; Kopp, § 47 Rdnr. 26; Bock, S. 214 ff. m.w.N.

³ vgl. Tschira/Schmitt Glaeser und Kopp, a.a.O.

⁴ vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 176

⁵ vgl. Hoffmann, S. 49

zwar zu, denn zu den berechtigten Interessen zählen auch wirtschaftliche und ideelle Feststellungsinteressen.¹⁾ Doch hören damit die niedrigeren Anforderungen auf. Zunächst fällt auf, daß ein "berechtigtes Interesse an der alsbaldigen Feststellung" bestehen muß. Damit wird in dieses Verfahren eine zeitliche Komponente hereingebracht, die somit eine zusätzliche Anforderung für die Zulässigkeit stellt und ferner eine Abgrenzung zu anderen verwaltungsgerichtlichen Klagearten schafft. Nimmt man dann noch die Subsidiarität der Feststellungsklage²⁾ hinzu, so bestehen erhebliche Zweifel, von dem Streitverfahren mit den niedrigsten Anforderungen zu sprechen. Demgegenüber verlangt § 47 Abs. 2 VwGO keine besondere Dringlichkeit, und das Normenkontrollverfahren wird durch die Möglichkeit der Anfechtungsklage nicht ausgeschlossen. Schließlich kann man diese Hürden nicht dadurch überspringen, daß man den Begriff des "berechtigten Interesses" aus den Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 43 Abs. 1 VwGO herauslöst und abstrakt bestimmt.³⁾ Ein konsequenter Schritt würde im übrigen gegangen worden sein, wenn man dann auch den Begriff des "Nachteils" aus den Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 47 VwGO herausgelöst hätte. Erst dann hätte der Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.11.1979 möglicherweise eine eindeutige Hilfestellung geben können, denn nach der dort vorgenommenen grammatischen Auslegung

¹ vgl. Kopp, § 43 Rdnr. 23; Müller, Diss., S. 50

² § 43 Abs. 2 VwGO

³ so Hoffmann, S. 81/82

"ist Nachteil gleichbedeutend mit dem Betroffensein in einem Interesse, und zwar - wie dem Gegensatz zwischen 'Vorteil' und 'Nachteil' zu entnehmen ist - einem negativen, verletzenden Betroffensein im Unterschied zu einem positiven, förderlichen Betroffensein". Es kann hier zunächst offenbleiben, ob damit eine Identität beider Begriffe hergeleitet ist - das Bundesverwaltungsgericht hat dieses nicht festgestellt - , denn die abstrakte Lösung dieser Begriffe kann nicht richtig sein. Die Prozeßordnung hat die Zulässigkeitsvoraussetzungen - außer denen, die für jedes Verfahren gelten - jeweils für ein bestimmtes Verfahren aufgestellt, in dessen Lichte die Begriffe auch zu bestimmen sind.

Stehen sich demnach die beiden verwaltungsgerichtlichen Verfahren, und zwar Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO und Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO, gegenüber, so gibt es eine Reihe von Gründen, mit der gebotenen Vorsicht die Begriffe "rechtliches Interesse" und "Nachteil" gegenüberzustellen.¹⁾

¹ Dem steht auch nicht entgegen, daß nach dieser Auffassung eine Rechtsnorm unter dem Gesichtspunkt der "Rechtsordnung als Rechtsverhältnistheorie" auch über § 43 Abs. 1 VwGO überprüft werden kann. In diesem Zusammenhang wird diese Ansicht - wenn es auch nicht ausdrücklich ausgesprochen wird - in der Literatur untermauert. vgl. z.B. Mößle, BayVBl. 1976, S. 616: "Er (der Nachteil) meint nicht die Rechtsverletzung, auf die § 42 Abs. 2 VwGO abstellt, sondern die aus einem Rechtsverhältnis resultierenden Pflichten als faktische Beschwer." a.A. wohl Hoffmann, S. 47 unter Hinweis auf Müller, Diss., S. 19 ff., als er eine Einengung des aktiv legitimierten Personenkreises durch das strittige Rechtsverhältnis sieht, "das im Normenkontrollverfahren keine Entsprechung findet".

So handelt es sich bei dem Verfahren gem. § 43 Abs. 1 VwGO um ein reines Rechtsschutzverfahren, dagegen bei § 47 VwGO um ein gemischtes Verfahren. Ferner ist nicht von der Hand zu weisen, daß sich die Auslegung des Begriffs "berechtigtes Interesse" vorwiegend auf dem Boden der zweiten Alternative des § 43 Abs. 1 VwGO entwickelt hat. In gewisser Weise besteht daher bei beiden Verfahren die gleiche Schwierigkeit. Hier weiß man, wie der Nachteilsbegriff bei Bebauungsplänen auszulegen ist, dort kennt man das berechnigte Interesse vorwiegend im Hinblick auf die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes.

Schließlich zeigt sich eine erhebliche Differenz auf - wollte man nicht noch aus der inter-omnes-Wirkung weitere Unterschiede herleiten - , wenn man berücksichtigt, daß sich das "berechnigte Interesse" iSd § 43 Abs. 1 VwGO als ein gesetzlich konkretisierter Fall des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses darstellt.¹⁾ Für die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle ist es dagegen einhellige Meinung, daß es sich bei dem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis und der Antragsbefugnis um zwei gesondert zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzungen handelt.

Wie bereits ausgeführt,²⁾ hat sich das Bundesverwaltungsgericht für die Interessentenklage entschieden. Daraus wird nunmehr geschlossen, daß im Vordergrund des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO nicht

¹ vgl. Müller, Diss., S. 48; Eyermann/Fröhler, § 43 Rdnr. 9

² vgl. S. 187

mehr das subjektive Recht oder das rechtlich geschützte Interesse, sondern das durch die Norm oder deren Anwendung negativ betroffene einfache Interesse des Antragstellers stehe.¹⁾ Unabhängig davon, daß das Bundesverwaltungsgericht an der maßgeblichen Stelle²⁾ nicht von einfachen Interessen spricht - dieser offene Begriff müßte ebenfalls ausgelegt werden - , sondern von beachtlichen und unbeachtlichen Interessen, so finden sich in den Gründen doch Ausführungen, die den Kreis zum "berechtigten Interesse" iSd § 43 Abs. 1 VwGO schließen.

Ausdrücklich führt das Bundesverwaltungsgericht das ideelle Interesse an und bezeichnet dieses zwar als nicht illegal, rechnet es aber nicht dem beachtlichen Interesse zu. Somit scheiden die unter § 43 Abs. 1 VwGO anerkannten ideellen Interessen im Rahmen der Antragsbefugnis gem. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO aus, so daß die besonders großzügige Auslegung des Nachteilserfordernisses, nämlich einen Nachteil tatsächlicher Art bzw. eine faktische Beschwerde ausreichen zu lassen,³⁾ nicht mehr von der Rechtsprechung des

¹ vgl. Skouris, DVBl. 1980, S. 320

² S. 17/18 des Beschlusses

³ vgl. Bad.-Württ.VGH, DVBl. 1967, S. 385 (387); Möble, BayVBl. 1976, S. 616;

Bundesverwaltungsgerichts gedeckt ist.¹⁾

Da die rechtlichen Interessen keine Probleme aufwerfen, verbleiben aus dem Kreis der berechtigten Interessen lediglich die wirtschaftlichen Interessen.²⁾

¹ Dementsprechend verfährt nunmehr auch das OVG Münster, Urt. v. 15.1.1980 - 7a NE 1/79 - S. 7 "Soweit die Antragsteller geltend machen, den Bewohnern des Altenheimes werde durch den nach dem Bebauungsplan zulässigen Erweiterungsbau im Klostergarten die Möglichkeit genommen, diese Grünfläche als Stätte der Ruhe und Erholung zu nutzen, ist die Antragsbefugnis schon deshalb zu verneinen, weil die Antragstellerin damit nicht - wie von § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO vorausgesetzt - einen eigenen, sondern einen Nachteil anderer Personen geltend macht. Insoweit handelt es sich um einen unzulässigen Populäranspruch; denn die Antragstellerin, die zu dem Klostergarten keinen Zutritt hat, erleidet durch seine Verkleinerung selbst keinen Nachteil. Bejahen läßt sich eine Antragsbefugnis der Antragstellerin auch nicht im Hinblick darauf, daß sie vorträgt, ihr werde durch den nach dem Bebauungsplan zulässigen Erweiterungsbau die Aussicht genommen; denn nach den gegebenen Umständen ist ihre Betroffenheit insoweit als nur geringfügig und nicht abwägungsbeachtlich anzunehmen."

³ Gelegentlich wird auch von tatsächlichen Interessen wirtschaftlicher Art gesprochen. vgl. Hoffmann, S. 49, 70, insbesondere S. 81/82, wo festgestellt wird, daß im Verfahren gem. § 43 Abs. 1 VwGO und in dem gem. § 47 VwGO der zulässige Gerichtsschutz aus der Beeinträchtigung tatsächlicher Interessen folge.

Den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts ist zu entnehmen, daß auch die wirtschaftlichen Interessen zu den beachtlichen Interessen gehören können. Insoweit ist dem Vorschlag in der Literatur¹⁾ zuzustimmen, daß die wirtschaftlichen Interessen dann relevant werden, wenn sie die rechtliche Sphäre erreichen. In der Praxis wird dieses nicht schwierig zu bestimmen sein. So werden wirtschaftliche Interessen dann beachtlich, wenn Art. 12, 14 GG beeinträchtigt werden, beispielsweise, wenn ein Bebauungsplan Enteignungen oder die Ausübung von Vorkaufsrechten ermöglicht. Letzteres ist nicht nur bei absoluten Rechten zu befürchten, sondern gilt gleichermaßen für die wirtschaftlichen Interessen aus Miet- und Pachtverhältnissen (relative Rechte).

Folglich werden derartige Interessen in der neueren Rechtsprechung berücksichtigt, wie einige Beispiele zeigen:

"... Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, denn da der für die Stichstraße festgesetzte Wendehammer mit einer Fläche von etwa 28 qm auf dem Grundstück der Antragsteller liegt, werden sie in ihrem durch Art. 14 GG geschützten Eigentum betroffen Die Antragsteller müssen nämlich damit rechnen, daß die Stadt die entsprechende Grundstücksfläche - ggf. im Wege der Enteignung - in Anspruch nehmen wird." 2)

"... Die von ihnen als Folge des zusätzlichen LKW-Lieferverkehrs und der geänderten Verkehrsführung - nämlich notwendigerweise Gegenverkehr statt Richtungsverkehr - geltend gemachten nachteiligen Auswirkungen für ihre Wohn- und Geschäftshäuser erscheinen nicht als so geringfügig.... Die Antragsteller erleiden deshalb durch die Anwendung des Bebauungsplanes einen Nachteil iSd § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO und sind somit antragsbefugt." 3)

¹ vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 176

² OVG Münster, Urt. v. 15.1.1980 - 7a NE 20/77 - S. 6/7; ebenso Urt. v. 16.4.1980 - 7a NE 2/78 - S. 6

³ OVG Münster, Urt. v. 6.2.1980 - 10a NE 17/18, S. 5/6

"Die Ausweisungen können in Zukunft zu Kollisionen führen, da damit zu rechnen ist, daß der von der Straße ausgehende Verkehrslärm sich u.a. auf das ca. 100 m entfernte Grundstück des Antragstellers auswirken wird."¹⁾

Aus den vorstehenden Urteilsgründen läßt sich ferner entnehmen, daß einerseits die bloße Behauptung eines Nachteils nicht ausreicht, andererseits aber der Nachteil noch nicht gegeben zu sein braucht.²⁾

Vielmehr ist ein substantiiertes Vorbringen des "beachtlichen Interesses" erforderlich.

Nach alledem läßt sich zusammenfassend feststellen, daß unter Berücksichtigung des Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.11.1979 ein Nachteil iSd § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO immer dann gegeben ist, wenn rechtlich geschützte Interessen berührt werden. Die sonstigen Interessen, von denen - im Gegensatz zu § 43 Abs. 1 VwGO - die ideellen Interessen außer acht zu bleiben haben, sind im Rahmen des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO dann beachtliche Interessen, wenn sie die rechtliche Sphäre erreichen.

¹ OVG Münster, Beschl. v. 12.9.1980 - 11a NE 41/78 - S. 3; ähnlich Beschl. v. 16.5.1980 - 10a ND 11/79 - bestätigt durch Urt. v. 25.9.1980 - 10a NE 36/79 - Hinsichtlich der Bejahung der Antragsbefugnis wegen zu erwartender zusätzlicher Immissionsbelastung der Grundstücke des Antragstellers bei Weiterführung der geplanten Straße, vgl. OVG Münster, Beschl. v. 16.5.1980 - 10a ND 11/79 - S. 5, sowie bei Ausweisung eines Betriebsgrundstückes im Allgemeinen Wohngebiet OVG Münster, Urt. v. 10.3.1980 - 11a NE 22/77 - S. 5

² letzteres ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO selbst.

c) Die Antragsberechtigung der Behörden

aa) Die Bedeutung der behördlichen Antragsberechtigung

Auf den ersten Blick erscheint eine Erörterung der behördlichen Antragsberechtigung nicht lohnenswert, weil § 47 Abs. 2 VwGO ganz allgemein davon spricht, daß jede Behörde den Antrag stellen kann und sich der singularische Relativsatz eindeutig auf die "Person" bezieht. Dementsprechend hat die Antragsbefugnis der Behörden in der Vergangenheit keine praktische Bedeutung erlangt, was zum einen darauf zurückzuführen ist, daß sich auf der Antragsgegnerseite aufgrund der kontradiktorischen Ausgestaltung gem. § 47 Abs. 2 Satz 2 VwGO¹⁾ ein Rechtsträger befindet, der neben seinen Organen durch Behörden handelt und sich das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren insoweit als ein In-sich-Prozeß darstellen kann.²⁾ Zum anderen ist der zulässige Antrag im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren im Gegensatz zum verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG iVm § 13 Nr. 6 BVerfGG lediglich auf den Auspruch der Feststellung der Ungültigkeit der Rechtsnorm gerichtet, so daß aus einem mangelnden Interesse heraus - unterstellt, das Rechtsschutzbedürfnis liegt vor - die geringe praktische Bedeutung erklärt werden kann.

¹ Die kontradiktorische Ausgestaltung wurde in den meisten Fällen vor der Neufassung des § 47 VwGO durch die Ausführungsgesetze der Länder geregelt.

² Jedenfalls wird dadurch bereits ein Teil der Behörden ausgeschaltet.

Obwohl die amtlichen Begründungen diese geringe Bedeutung in der Praxis ansprechen,¹⁾ führen sie weiter aus, daß "Fallgestaltungen denkbar sind, in denen eine Behörde eher als ein betroffener Bürger bereit sein könnte, die im allgemeinen Interesse liegende Klärung von Streitfragen durch ein Normenkontrollverfahren herbeizuführen", ohne allerdings auf derartige Fallkonstellationen einzugehen.

Eine solche kann gegeben sein, wenn nach Erlaß der Rechtsnorm der Behörde bei der Anwendung dieser Norm hinsichtlich ihrer Wirksamkeit Zweifel aufkommen, sie jedoch aus mannigfaltigen Gründen auf die Anwendung der Norm nicht verzichten kann und ihr im übrigen verwehrt ist, die Rechtsnorm abzuändern. Dann wäre die beantragte Normenkontrolle ein Weg, um eine Klärung herbeizuführen. Freilich könnte man die Behörde auf einen anderen Weg verweisen, nämlich innerhalb eines Musterverfahrens die Rechtsvorschrift inzident überprüfen zu lassen. Doch liegt es außer der Hand, daß dieser Weg sehr zeitaufwendig ist und daß beispielsweise bei Abgabesatzungen die haushaltsrechtliche Grundlage entzogen wird. Denn die inzidente Überprüfung - im übrigen nur inter-partes wirkend - führt erst nach mehreren Instanzen und dementsprechend nach mehreren Jahren zu einem rechtskräftigen Abschluß. Dagegen wird die prinzipale Normenkontrolle in einem einzigen Verfahren und - wie die Erfahrung gezeigt hat - in relativ kurzer Zeit abgeschlossen, zumal in diesem Verfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO einstweiliger Rechtsschutz bean-

¹⁾ z.B. aus haushaltsrechtlichen Gründen oder aber, daß bereits Erschließungsmaßnahmen anvisiert sind.

tragt werden kann. Bei den angesprochenen Abgabesatzungen vermag auch der Hinweis auf § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO die praktische Bedeutung der prinzipialen Normenkontrolle nicht zu schmälern. Zwar stehen die Einnahmen aufgrund dieser Regelung der Verwaltung zur Verfügung, wenn sie alle Verfahren betreibt und die Vollziehung nicht ausgesetzt wird, doch muß sie im Falle der fehlenden Ermächtigungsgrundlage die Fälle rückabwickeln und ist außerdem mit erheblichen Verfahrenskosten belastet.

Mit der vorstehenden Fallkonstellation befindet man sich bereits inmitten eines Problems, das sich bei der Antragstellung von Behörden ergibt. Stellt man nämlich darauf ab, daß auch im Rahmen des Behördenantrags ein Populärverfahren ausgeschlossen ist, so erhebt sich die Frage, ob es auch Aufgabe des Oberverwaltungsgerichts sein kann, bloße Rechtsgutachten zu liefern.¹⁾ Auf diese Frage wird noch später einzugehen sein, denn sie bezieht sich nicht auf die Antragsbefugnis der Behörden, sondern sie betrifft das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis, das - wie noch zu zeigen sein wird - auch bei Behörden als selbständige Sachentscheidungsvoraussetzung zu fordern ist.

Somit konzentriert sich eine mögliche Einschränkung der Antragsbefugnis auf den Begriff der Behörde iSd § 47 Abs. 2 VwGO, wobei die Antragsbefugnis der Gerichte sowie der hierarchische Behördenaufbau weitere Schwerpunkte bilden.

¹ vgl. Hoffmann, S. 96

bb) Die Auslegung des Behördenbegriffes

Die knappe Formulierung in § 47 Abs. 2 VwGO "jede Behörde kann den Antrag stellen" verführt bei oberflächlicher Betrachtung zu einer extensiven Begriffsbestimmung. Dementsprechend wurde früher überwiegend vertreten, daß der Begriff weit auszulegen ist und auch nichts dafür spreche, eine Begrenzung in räumlicher Hinsicht vorzunehmen.¹⁾ Diese Ansicht nimmt allerdings teilweise eine Relativierung vor, indem sie höhere Anforderungen an das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis stellt und letztlich im Ergebnis mit der engeren Auffassung übereinstimmt.

Schon aus dogmatischen Gründen ist eine enge Auslegung des Behördenbegriffes vorzuziehen, denn es kann keineswegs eine Zweckmäßigkeitsfrage sein, ob man das Antragsrecht einschränkt oder das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis konkretisiert.

Beide Sachentscheidungsvoraussetzungen sind klar voneinander zu trennen, was letztlich auch die

¹ vgl. Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 54/55; Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 92; König, DVBl. 1963, S. 82; Eyermann, DVBl. 1963, S. 401 ff.; Klinger, § 47 C 2; Wolfram, S. 150 ff. Entgegen Hoffmann, S. 97 FN 279 vertreten Wolff/Bachof II, § 76 I d S. 83 nicht die weite Auffassung: "Solche weiten Begriffe entsprechen jedoch nicht der in den meisten Gesetzen verwendeten und praktisch brauchbaren Wortbedeutung.... Behörde i.e.S. ist daher ein Organ des Staates oder eines anderen Trägers öffentlicher Verwaltung, das mit Außenzuständigkeiten zu konkreten Rechtshandlungen auf dem Gebiete der Verwaltung oder der Rechtsprechung ausgestattet ist". Auf S. 98 FN 282 stellt Hoffmann dieses richtig.

Gefahr beseitigt, beide Begriffe miteinander zu vermengen, wie dies zuweilen geschieht.¹⁾

Besteht nun Einmütigkeit, daß ebenso wie bei dem Antragsrecht natürlicher und juristischer Personen auch im Rahmen der behördlichen Antragsberechtigung ein Populärverfahren ausgeschlossen ist und besteht dort eine Einschränkung de lege lata, so ist hier eine Einschränkung de lege ferenda vorzunehmen, zumal der Gesetzgeber die Antragsberechtigten nebeneinander gestellt hat. Diese Einschränkung hat sich auf zwei Ebenen zu vollziehen. Zum einen ist der Begriff der Behörde zu bestimmen; zum anderen ist danach zu fragen, ob jede dieser Behörden antragsbefugt ist.

Mitunter ist das seit dem 1.1.1977 in Kraft getretene Verwaltungsverfahrensgesetz im Allgemeinen Verwaltungsrecht eine große Hilfe zur Klärung schwieriger Zweifelsfragen geworden, indem - zum Teil umstrittene - allgemeine Rechtsgrundsätze kodifiziert wurden. Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 4 VwVfG ist eine Behörde jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes ist also die Behörde identisch mit der Verwaltungsbehörde. Gleichwohl kann diese Bestimmung nicht ohne weiteres im Rahmen der behördlichen

¹ vgl. Masson, BayVBl. 1957, S. 235 ff.; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 246; auch Forsthoff, 8. Aufl.; S. 512 scheint beide Begriffe miteinander zu verquicken, indem er bei der Möglichkeit der eigenen Abänderungsbefugnis bereits die Antragsbefugnis der Behörde verneint.

Antragsbefugnis gem. § 47 Abs. 2 VwGO herangezogen werden.¹⁾ Das ergibt sich schon daraus, daß sich dieser Begriff eindeutig auf das Verwaltungsverfahren beschränkt²⁾ und eine Verknüpfung zwischen Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozeßrecht, wie etwa aufgrund des § 79 VwVfG, nicht ersichtlich ist. Insoweit könnte dieser Begriff nur analog zur Anwendung kommen, wenn andere Kriterien nicht zu einer Begriffsbestimmung führen.

¹ a.A. Kopp, Festschrift 100 Jahre BayVGH, S. 209, der dies auch damit begründet, daß das Verwaltungsverfahrensgesetz und § 47 VwGO in demselben Zeitraum im Bundestag und Bundesrat beschlossen wurden.

Eine solche Begründung geht zu weit. Abgesehen davon, daß hier lediglich einige Paragraphen novelliert, dort aber das gesamte Verwaltungsverfahrensrecht kodifiziert wurde, was im übrigen schon seit langem anstand, ist die Bedeutung eines Begriffes zunächst einmal aus dem Gesetz zu entnehmen, in dem dieser enthalten ist. Im übrigen wäre es dem Gesetzgeber ein leichtes gewesen, dem Begriff der Behörde aus dem Verwaltungsverfahrensrecht auch für das Verwaltungsprozeßrecht Geltung zu verschaffen.

² vgl. auch Achterberg, VerwArch 1981, S. 174

In der Verwaltungsgerichtsordnung kommt der Begriff der Behörde in vielfältigen Erscheinungsformen vor, die - will man ihnen eine "Scharnierfunktion" zum Behördenbegriff in § 47 Abs. 2 VwGO zukommen lassen - zu den verschiedensten Auslegungen Anlaß geben könnten. Die allgemeinsten Formulierungen finden sich - wie in § 47 Abs. 2 VwGO - in §§ 61 Nr. 3, 62 Abs. 2, 99 Abs. 1 VwGO, wo nur "die Behörde" angesprochen ist; ferner in § 36 Abs. 1 VwGO (Landesbehörden), § 38 Abs. 2 VwGO (Dienstaufsichtsbehörde) und § 48 Abs. 1 VwGO (oberste Landesbehörde), wobei die Einschränkung hier nur in der Zuständigkeit zu sehen ist. Allerdings sollte man aus diesen Formulierungen keine voreiligen Schlüsse ziehen. Denn in § 99 Abs. 1 VwGO handelt es sich um eine Ausprägung des bereits in § 14 VwGO normierten Amtshilfegrundsatzes, die über diesen hinausgeht und die Verpflichtung im Interesse einer umfassenden Klärung des Sachverhalts allen Behörden auferlegt.¹⁾

Des weiteren gibt die bloße Aufführung "Behörde" in § 61 Nr. 3 VwGO nichts her. Im Gegenteil, indem die Behörde für beteiligungsfähig erklärt wird, sie also als Subjekt eines Prozeßrechtsverhältnisses, nämlich als Kläger, Beklagter, Beigeladener oder als sonstiger Beteiligter²⁾ an einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren teilnehmen kann, muß sie schon notwendigerweise als Träger öffentlicher Verwaltung im Rahmen ihrer Außenzuständigkeit tätig geworden sein.³⁾

¹ vgl. Kopp, § 99 Rdnr. 1

² vgl. § 63 VwGO

³ vgl. die Definition der Behörde i.e.S. bei Wolff/Bachof II, § 76 I d S. 83

Ein noch klareres Bild zeichnet die Verwendung des Begriffes "Behörde" in §§ 52, 68 Abs. 1, 70 Abs. 1, 72, 73, 78, 80 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3, Abs. 4 VwGO auf. Aus diesen Bestimmungen ist eindeutig zu erkennen, daß der Gesetzgeber die Verwaltungsbehörde meint, nämlich die, "die den Verwaltungsakt erlassen hat".

Sodann spricht der Gesetzgeber in §§ 1, 14, 58 Abs. 1, 94, 113 Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs. 4, 114 VwGO ausdrücklich von "der Verwaltungsbehörde". Freilich ließe sich daraus im Gegenschluß das Argument ableiten, daß dann bei der bloßen Formulierung "Behörde" vom weiten Begriff auszugehen sei.¹⁾ Doch zeigen bereits die obigen Ausführungen, daß im Wege der grammatischen, wortvergleichenden Interpretation von einem einheitlichen Behördenbegriff ausgegangen werden kann.

Die Identität der Begriffe verdeutlicht besonders ein Vergleich des § 52 Nr. 3 und § 113 Abs. 1 Satz 2 und 3 VwGO. In beiden Fällen geht es trotz unterschiedlicher Behördenbezeichnungen um den Erlaß von Verwaltungsakten.

Sieht man einmal von § 99 Abs. 1 VwGO ab,²⁾ so geht die Verwaltungsgerichtsordnung vom Begriff der Verwaltungsbehörde aus.

¹ vgl. Hoffmann, S. 98, der im Ergebnis davon ausgeht, daß die Wahl verschiedener Begriffe zu keiner Antwort führe.

² vgl. S. 202

Darüber hinaus führt eine teleologische Interpretation zu dem Ergebnis, daß sich die Antragsbefugnis in § 47 Abs. 2 VwGO nur auf die Verwaltungsbehörden bezieht.¹⁾

Die angesprochene Fallkonstellation²⁾ zeigt bereits den Sinn und Zweck auf, der der behördlichen Antragsbefugnis im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren zukommt, und zwar mit einer Entscheidung der Möglichkeit vieler Einzelprozesse entgegenzuwirken. Dieser ist der gleiche, der der Antragsbefugnis natürlicher und juristischer Personen zukommt, anderenfalls hätte der Gesetzgeber die Antragsberechtigten nicht nebeneinander gestellt. Man muß sogar feststellen, daß dieser Rationalisierungszweck³⁾ bei der behördlichen Antragsbefugnis wesentlich stärker durchschlägt. Wie bereits erwähnt,⁴⁾ kommt es dem Antragsteller als natürlicher oder juristischer Person nicht entscheidend darauf an, daß bei erfolgreichem Normenkontrollverfahren die Entscheidung auch anderen zugute kommt. Anders dagegen bei der Behörde, die - wie der beschriebene Fall

¹ vgl. die ausführliche Darstellung bei Hoffmann, S. 100 ff., die hier nachdrücklich unterstrichen wird.

² vgl. S. 197/198

³ zu diesem Terminus insbesondere Hoffmann, S. 48 ff., 101

⁴ vgl. S. 74

zeigt¹⁾ - eine Vielzahl von langwierigen Prozessen vermeiden will, um ihre Handlungsfähigkeit nicht einzuschränken. Daß es sich bei der antragsberechtigten Behörde iSd § 47 Abs. 2 VwGO nach dem Sinn und Zweck des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens um eine Verwaltungsbehörde handeln muß, drängt sich nunmehr auf. Die Behörde ist eine verwaltende Stelle, die z.B. den geschaffenen Bebauungsplan umsetzen, bei der Festlegung eines Sanierungsgebietes Grundstücksan- und verkäufe tätigen oder durch die Abgabensatzungen für die komplexen Aufgaben einer Verwaltung die finanzielle Grundlage schaffen muß.

Damit wird aber keineswegs - wie es auf den ersten Blick erscheinen mag - ein Argument zu der Annahme hergeleitet, im Falle eines behördlichen Antrags handele es sich um ein rein objektives Beanstandungsverfahren. Abgesehen von den bereits vorgetragenen Gründen,²⁾ verfolgt die Behörde zwar öffentliche Interessen, die aber - zumindest in einer Vielzahl - zugleich eigene Interessen sind. Für den örtlich begrenzten Wirkungskreis ergibt sich dies aus dem Grundgesetz. Gem. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG muß den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Es bedarf daher keiner vertiefenden Erörterung, daß hier auch eigene Rechte verwirklicht werden.³⁾

¹ vgl. S. 197/198

² vgl. S. 67 ff.

³ Soweit die Verletzung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinde geltend gemacht wird, kommt der Antrag als juristische Person in Betracht, vgl. Bad.-WürttVGH, NJW 1977, S. 1465

Ist auch nach dem Sinn und Zweck der behördlichen Antragsbefugnis nachgewiesen, daß es sich gem. § 47 Abs. 2 VwGO um eine Verwaltungsbehörde handeln muß, stellt sich die weitere Frage, ob jede Verwaltungsbehörde antragsbefugt ist.

Eine weit verbreitete Auffassung klammert sich an den Wortlaut des § 47 Abs. 2 VwGO und hält jede Verwaltungsbehörde für antragsbefugt, ungeachtet, ob es sich um eine Landes- oder Bundesbehörde außerhalb des Zuständigkeitsbereichs des entscheidenden Obergerichts oder aber innerhalb des Zuständigkeitsbereichs handelt und letztere mit der zur Entscheidung gestellten Rechtsvorschrift in keiner Weise etwas zu tun haben.¹⁾

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Besteht Einigkeit darüber, daß auch im Rahmen des behördlichen Antrags Popularverfahren vorgebeugt werden soll, so kann eben nicht jede Verwaltungsbehörde antragsbefugt sein. Auch hier wird teilweise eine Relativierung vorgenommen, indem der Kreis der Verwaltungsbehörden über das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis eingeschränkt wird.²⁾

Wenn man einerseits von der normunterworfenen natürlichen oder juristischen Person das Nachteilerfordernis verlangt, so muß man andererseits für das korrespondierende Antragsrecht der Behörden als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in § 47 Abs. 2 fordern, daß die Verwaltungsbehörde mit der Rechtsvorschrift in Berührung kommen muß. Diese Berührung ist dann gegeben, wenn die

¹ Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 25; Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 25; Schunck/De Clerck § 47 Anm. 3 c; Kopp, § 47 Rdnr. 19; Wolff/Bachof III, § 165 III b

² z.B. Wolff/Bachof, a.a.O., Rdnr. 19

Verwaltungsbehörde die Rechtsvorschrift auszuführen und anzuwenden hat,¹⁾ zumal sie nach durchgeführtem Normenvollzug ohnehin Beklagte in einem Verwaltungsprozeß sein würde.²⁾ In welchem Stadium sich die Bezogenheit zur Rechtsvorschrift befinden muß, ist allerdings eine Frage, die im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses zu prüfen ist.

Zusammenfassend ergibt somit die Auslegung des Behördenbegriffs in § 47 Abs. 2 VwGO de lege ferenda dahingehend, daß nur die Verwaltungsbehörden im Normenkontrollverfahren antragsbefugt sind, deren Zuständigkeitsbereich von der Norm berührt wird.

cc) Die Kollision der behördlichen Antragsbefugnis
mit einem bestehenden Weisungsrecht

Die sich daran anschließende Frage, ob eine bestehende Weisungsgebundenheit das behördliche Antragsrecht einschränkt, läßt ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Weisungsgebundenheit im Rahmen der vertikalen Verwaltungsgliederung einerseits und der rechtsstaatlichen Funktionsfähigkeit der Verwaltungsbehörde andererseits erkennen.

¹ vgl. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 32 III 3, S. 127

² Dies deckt sich mit der Forderung, die Vorschrift müsse in den Geschäftsbereich der antragstellenden Behörde fallen. vgl. Hoffmann, S. 109. Kopp, Festschrift 100 Jahre BayVGH, S. 210 spricht sich zwar gegen Ule, a.a.O. aus, gibt jedoch keine andere Begründung ab. Wenn er die Antragsbefugnis von Behörden bejaht, "soweit sie von einer Rechtsvorschrift bei der Füllung von Aufgaben betroffen sind und aus denen sich Streitigkeiten ergeben können, für die auch sonst der Weg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist", so deckt sich dies voll mit Ules Begründung a.a.O.

Vereinzelte wird vertreten, daß gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Weisungsgebundenheit nicht verstoßen werden könne.¹⁾ Diese Ansicht hätte etwas für sich, wenn eine Parallele zur sog. Gehorsamspflicht im Beamtenrecht²⁾ gezogen werden könnte. Danach geht die Verantwortung vom weisungsabhängigen Beamten auf den Vorgesetzten über, wenn dieser trotz vorgetragener Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit von Rechtsquellen oder von amtlichen Anordnungen die Anweisung zur Ausführung gibt.³⁾ Indessen kann dieses nicht auf die behördliche Antragsbefugnis bei bestehender Weisungsgebundenheit transponiert werden. Das ergibt sich schon daraus, daß im Beamtenrecht die Handlungsfähigkeit des einzelnen Beamten nicht eingeschränkt wird, sondern sich lediglich die Verantwortung verlagert. Im Gegensatz dazu würde es bei der Weisungsabhängigkeit im Normenkontrollverfahren bei der Handlungsunfähigkeit und bei der Verantwortung der Verwaltungsbehörde bleiben, in deren Zuständigkeitsbereich die Rechtsvorschrift fällt. Dementsprechend müßte sie auch das finanzielle Risiko tragen, das im Falle der Anwendung einer nicht rechtmäßigen Norm auf sie zukommt. Dieses könnte

¹ vgl. Renck, BWVBl. 1964, S. 151; Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 25; Schunck/De Clerck, § 47 Anm. 2 h

² vgl. dazu Wolff/Bachof II, § 114 III b 4

³ Ausgeschlossen sind Maßnahmen, die die Menschenwürde verletzen, die erkennbar auf ein strafbares oder ordnungswidriges Verhalten oder auf die Beseitigung der freiheitlich demokratischen Grundordnung gerichtet sind. vgl. Wolff/Bachof, a.a.O. m.w.N.

einmal darin liegen, daß die weisungsabhängige Verwaltungsbehörde bei einer Vielzahl von Prozessen die Verfahrenskosten zu tragen hätte, was den Einnahmeverlust im Abgabenrecht noch schmerzlicher machen würde. Zum anderen wären Schadensersatzansprüche nicht auszuschließen, wenn die Behörde die Rechtsnorm in Kenntnis ihrer Rechtswidrigkeit anwendet.

Aus diesen Gründen wird mit Recht überwiegend die Weisungsgebundenheit im Falle des Normenkontrollantrages verneint.¹⁾ Allerdings ist in diesem Zusammenhang auf eine Besonderheit aufmerksam zu machen, die an sich bei der Frage des Rechtsschutzbedürfnisses von Bedeutung sein kann. In den meisten Begründungen der zuletzt genannten Ansicht²⁾ wird die Überzeugung der übergeordneten Behörde von der Rechtmäßigkeit der Norm unterstellt. Das muß aber nicht immer so sein. Es ist durchaus denkbar, daß die übergeordnete Behörde ebenfalls Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Norm hat, sie aber an einem bloßen Rechtsgutachten durch das Obergerverwaltungsgericht interessiert ist, zu dem sie jedoch bei eigener Verwerfungskompetenz und eigenem Antrag mangels eines bestehenden Rechtsschutzbedürfnisses - wie noch zu zeigen sein wird - nicht kommen könnte. In diesem Falle würde die übergeordnete Behörde die untergeordnete "vorschieben", ihr angesichts des eigenen Interesses aber keine entgegenstehenden Weisungen erteilen.

¹ Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 27; Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 56; Wolfram, S. 154; Hoffmann, S. 114/115

² vgl. FN 1

dd) Die gerichtliche Antragsbefugnis

In Anbetracht der früher einmütigen weiten Auslegung des Behördenbegriffes¹⁾ wirkt bis in die heutige Zeit nach, daß teilweise auch die Gerichte unter diesen Begriff eingeordnet werden.²⁾

Angesichts der hier vorgenommenen Begriffsbestimmungen der Behörde als Verwaltungsbehörde können die Gerichte in diesen Kreis der Antragsteller nicht eingeschlossen werden. Für diese Ansicht lassen sich einige Argumente anführen. Dabei ist das Argument, daß der Gesetzgeber auch mit der Novelle von 1976 den Begriff der "Behörde" beibehalten und sich damit gegen eine Antragsberechtigung der Gerichte ausgesprochen habe,³⁾ nicht besonders aussagekräftig. Gerade im Rahmen des § 47 VwGO hat der Gesetzgeber zahlreiche Streitfragen - teils bewußt, teils aber auch aus einer mangelnden Gründlichkeit heraus - weiterhin offen gelassen. Im übrigen läßt sich eher umgekehrt dahingehend argumentieren, daß es dem Gesetzgeber in Anbetracht der bestehenden Diskussion ein leichtes gewesen wäre, die Gerichte ausdrücklich von der Antragsberechtigung auszuschließen.

¹ vgl. S. 23

² generell für Gerichte: Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 25; Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 54; Wolfram, S. 153; wohl auch Menger, VerwArch 54 (1963), S. 402; v. Mutius, VerwArch 64 (1973), S. 95.
Nach der Neufassung des § 47 VwGO für die Gerichtsverwaltung: Schunck/De Clerck § 47 Anm. 3 c; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 246, allerdings unter völliger Verquickung von Antragsbefugnis und Rechtsschutzbedürfnis.

³ vgl. Kopp, Festschrift 100 Jahre BayVGh, S. 208/209

Gewichter ist dagegen, daß bereits nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zwischen Gerichten als Spruchkörper und Behörden deutlich unterschieden wird.¹⁾ Danach ist ein Gericht ein Organ, dem die Rechtsprechung obliegt, und dies ist eben keine Tätigkeit einer Behörde im engeren Sinne. Der Unterschied zeigt sich weiter daran, daß die Gerichte ohnehin alle untergesetzlichen Normen auf ihre Gültigkeit inzidenter überprüfen können.

Als Zwischenergebnis kann damit festgehalten werden, daß Gerichte nicht zu den Verwaltungsbehörden und somit auch nicht zum Kreis der Antragsberechtigten iSd § 47 Abs. 2 VwGO gehören.

Abschließend sei noch auf folgendes hingewiesen: Besonders auffallend ist, daß im Rahmen der Antragsbefugnis die gerichtliche Tätigkeit nicht immer mit der gebotenen Sorgfalt aufgeschlüsselt wird.²⁾

¹ vgl. Kopp, Festschrift 100 Jahre BayVGh, S. 209

² vgl. Wolfram, S. 151; Eyermann, DVbl. 1963, S. 401 ff. Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 25: "Gerichtsbehörden unter Einbeziehung der Spruchkörper"; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 148 Anm. I Bb "Verwaltungsgerichte sind Verwaltungsbehörden."

Keine Schwierigkeiten treten dann auf, wenn die Gerichte verwaltend tätig werden und ihnen als Verwaltungsbehörden die Antragsbefugnis gem. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO zukommt. Um jeglichen Zweifeln vorzubeugen, ist daher zwischen dem Rechtsprechungsorgan "Gericht" und dem Gericht als "Gerichtsverwaltungsbehörde" zu unterscheiden.¹⁾²⁾

¹ Hinsichtlich dem Rechtsprechungsorgan "Gericht" ist eine jüngst entwickelte rechtstheoretische Überlegung - Achterberg, VerwArch 1981, S. 174 - zu erwähnen. Danach sei die behördliche Antragsberechtigung analog auch auf Gerichte zu übertragen, wenn eine Gleichheit der Interessenlage bestehe. Diesem Gedanken liegt zugrunde, daß ausgehend vom Charakter des Normenkontrollverfahrens, nicht nur objektives Beanstandungs-, sondern auch subjektives Rechtsschutzverfahren zu sein, die Gerichte bei einer gleichen Interessenlage ebenso wie Behörden rechtsschutzbedürftig seien. Denn das gerichtliche Handeln werde nicht nur von Gesetzen, sondern auch von Rechtsverordnungen bestimmt. Insoweit werde das "Rechtsschutzbedürfnis in diesem Zusammenhang zum Kriterium für die Zulässigkeit der Analogie und damit mittelbar zur Voraussetzung für die Beteiligtenfähigkeit", die ohnehin in § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO gegenüber § 61 Nr. 3 VwGO für Behörden erweitert ist.

² vgl. Menger/Ericksen, VerwArch 58 (1967), S. 387 FN 43; Rasch, VerwArch 60 (1969), S. 6

ee) Das Rechtsschutzbedürfnis bei der behördlichen Antragsberechtigung

Letztlich ist noch der Frage Raum zu widmen, ob bei Vorliegen der behördlichen Antragsbefugnis noch als besondere Sachentscheidungsvoraussetzung wie bei natürlichen und juristischen Personen das Rechtsschutzbedürfnis zu überprüfen ist. An sich ist diese Frage aufgrund verschiedener Abgrenzungsfragen bereits bejaht worden.¹⁾ Dies bedarf an dieser Stelle noch einmal einer ausdrücklichen Bestätigung, wobei nicht verkannt wird, daß dieser Zulässigkeitsvoraussetzung häufig eine "Auffangfunktion" aufoktroyiert wird, wenn eine rechtsdogmatische Konsequenz nicht gezogen werden kann.²⁾ Das Rechtsschutzbedürfnis ist schon deshalb zu fordern, weil dem Normenkontrollverfahren auch der subjektive Rechtsschutzcharakter zu eigen ist.³⁾ Dem Argument, es sei nicht gerechtfertigt oder notwendig, wie bei der Antragstellung durch einen Bürger zu verfahren,⁴⁾ ist entgegenzuhalten, daß gerade bei der Antragstellung durch eine Behörde die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses aktuell wird. Denn wenn ihr die Verwerfungskompetenz

¹ vgl. S. 199, 206, 207, 210, 212 FN 1

² vgl. auch Stephan, S. 51

³ vgl. OVG Berlin, BauR 1980, S. 536 ff.; a.A. Kopp, § 47 Rdnr. 35; ders., Festschrift 100 Jahre BayVGH, S. 211; Renck, NJW 1965, S. 1794; ders., JZ 1964, S. 250, die vom ausschließlich objektiven Beanstandungsverfahren ausgehen.

⁴ vgl. Kopp, Festschrift 100 Jahre BayVGH, S. 211

zusteht, kann sie auf leichterem und schnellerem Wege ihr Ziel erreichen. Soll aber das Rechtsschutzbedürfnis eine Überlastung der Gerichte verhindern - und diesem Zweck entspricht im übrigen auch das Normenkontrollverfahren - , insbesondere eine mutwillige Inanspruchnahme der Gerichte zu verhindern, so ist nicht einzusehen, warum bei behördlichen Anträgen davon abgewichen werden soll. Der Normenkontrollantrag würde dann darauf hinauslaufen, sich durch die gerichtliche Entscheidung ein "ausgefeiltes Gutachten" liefern zu lassen, das darüber hinaus noch inter-omnes-Wirkung entfaltet. Um es besonders deutlich zu sagen: Das Oberverwaltungsgericht kann hier nicht der "Handlanger" der Verwaltungsbehörde sein, die sich insoweit juristische Überlegungen spart.

Im übrigen bestehen noch anderen Bedenken gegen die Zulässigkeit des Normenkontrollantrags einer Behörde mit eigener Verwerfungskompetenz. Gem. § 47 Abs. 2 Satz 2 VwGO ist der Antrag gegen die Behörde, Anstalt oder Stiftung zu richten, welche die Rechtsvorschrift erlassen hat. Folglich würde es sich hier um einen In-sich-Prozeß handeln, bei dem Antragsteller und Antragsgegner in demselben Lager stehen.¹⁾

¹ Bei differenzierender Betrachtung - vgl. Kisker, S. 29 ff. - wird vereinzelt der In-sich-Prozeß für zulässig erachtet. Dies ist jedoch für die Verfahren nach der Verwaltungsgerichtsordnung abzulehnen, wenn man das Kommunalverfassungs-streitverfahren einmal ausklammert. Denn die Verwaltung ist als Einheit anzusehen, deren Be-lange aus eigener Kraft zu lösen sind. Anderen-falls würde dem Gericht eine "Schiedsrichterfunk-tion" zukommen. Darüber hinaus wird durch einen solchen Prozeß die Schlagkraft der Verwaltung gelähmt.
vgl. im übrigen zum In-sich-Prozeß Löwer, VerwArch 68 (1977), S. 327 ff.

An dieser Stelle ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß in der Praxis trotz der Zielsetzung der Verwaltungsbehörde, vom Oberverwaltungsgericht ein entsprechendes Rechtsgutachten zu erhalten, das Rechtsschutzbedürfnis umgangen werden kann.

Wie bereits angedeutet,¹⁾ könnte die Behörde mit eigener Verwerfungskompetenz die Behörde, die von der Rechtsvorschrift berührt wird, zur Antragstellung veranlassen. Dies wäre zum einen in der Weise möglich, daß die Handlungen einverständlich getroffen würden. Zum anderen könnte bei gegebener Weisungsgebundenheit der Fall eintreten, daß die übergeordnete Behörde die nachgeordnete Behörde anweist, den Normenkontrollantrag zu stellen. Im letzteren Fall ergeben sich keine Schwierigkeiten, denn die ausgesprochene Weisung wäre aktenkundig und käme dem Oberverwaltungsgericht zur Kenntnis. Dann würde wegen unzulässiger Rechtsausübung das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen sein. Ein Problem müßte allerdings noch ausgeräumt werden. Die antragstellende Behörde, die wider Willen Verfahrens-beteiligte ist, müßte als unterliegender Teil die Verfahrenskosten tragen.²⁾ Dieses könnte dadurch verhindert werden, wenn die übergeordnete Behörde entweder auf Antrag der bereits am Verfahren be-

¹ vgl. S. 209

² vgl. § 154 Abs. 1 VwGO

teiligten Behörde oder von Amts wegen gem. § 65 Abs. 1 VwGO beigeladen und damit Verfahrensbeteiligte würde.¹⁾ In diesem Falle wäre § 155 Abs. 5 VwGO einschlägig, so daß die beigeladene Behörde die Kosten zu tragen hätte.²⁾

Schwieriger ist die Überprüfung des Rechtsschutzbedürfnisses, wenn der Antrag einverständlich gestellt wird und dieses aus den Akten nicht ersichtlich ist. Insoweit bleibt zu hoffen, daß das Gericht im Rahmen der gem. § 86 VwGO gegebenen Möglichkeiten den Sachverhalt aufklären kann.

Nicht einzusehen ist, daß das Rechtsschutzbedürfnis auch dann gegeben sein soll, wenn die aufgehobene Norm für die Behörde noch Grundlage für ihre Tätigkeit sein kann.³⁾ Die Interessenlage der Behörde kann nämlich nicht mit der der natürlichen oder juristischen Personen identisch sein. Dabei kann es hier offen bleiben, welche Wirkung der Normenkontrollentscheidung zukommt. Denn wenn die Rechtsnorm bereits aufgehoben ist und die Behörde diese selbst für rechtswidrig hält, anderenfalls würde sie den Normenkontrollantrag nicht stellen, so braucht sie die Norm nicht zur Grundlage ihrer Tätigkeit zu machen. Das gebietet schon der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Ganz anders stellt sich die Situation der natürlichen oder juristischen Personen dar. So hat die Person keinen Einfluß auf die Anwendung der Rechtsvorschrift, die im übrigen aus in der Sphäre der normsetzenden Körperschaft, Anstalt oder Stiftung liegenden Gründen erst von einem bestimmten Zeitpunkt an aufgehoben wird und von daher die Norm auf frühere Sachverhalte eine Wirkung entfalten kann.

¹ vgl. § 63 Nr. 3 VwGO

² Dieser Weg ist im übrigen ein weiterer Beweis dafür, daß die Beiladung auch im Normenkontrollverfahren sinnvoll ist.

³ so Hoffmann, S. 117/118 unter Hinweis auf Eyer-
mann/Fröhler, § 47 Rdnr. 22

VII. Die zu überprüfende Norm

Wenn die Neufassung des § 47 VwGO - wie auch schon die alte Fassung und § 25 VGG - davon spricht, daß das Oberverwaltungsgericht über die Gültigkeit einer Rechtsnorm entscheidet, so wird damit die Frage der Zulässigkeit aus dem Blickwinkel verschiedener Zeitepochen zu beurteilen sein.

Zum einen könnte man eine in die Vergangenheit weisende Normenkontrolle dergestalt anstreben, daß eine inzwischen nicht mehr gültige Rechtsvorschrift Gegenstand des Verfahrens ist.

Zum anderen ist danach zu fragen, ob eine verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle möglich ist, wenn eine Rechtsnorm noch nicht erlassen ist. Man könnte dies als zukunftsorientierte, vorbeugende Normenkontrolle bezeichnen.

1. Die Gültigkeit der Rechtsnorm

Angesichts des eindeutigen Wortlautes des § 47 VwGO können im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren grundsätzlich nur solche Rechtsnormen überprüft werden, deren Anwendung für die Zukunft noch möglich ist. Es müßte sich daher stets um noch anwendbares Recht handeln, was letztlich auch dem Ziel des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens entsprechen würde, nämlich Klarheit über die Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Rechtsvorschrift zu gewinnen.

Indes sind aber auch Konstellationen denkbar, in denen eine restriktive Auslegung des § 47 VwGO zu unbilligen Ergebnissen führen könnte. Dieses wäre dann der Fall, wenn die zu überprüfende Rechts-

norm im Zeitpunkt der Antragstellung, jedoch nicht mehr im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts gültig war. Das kann seine Ursache einmal darin haben, daß der Normengeber ungeachtet des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens die Rechtsvorschrift aufgehoben oder geändert hat. Die Motivation des Normengebers kann aber auch dahin gehen, in Anbetracht des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens den Antragsteller "antraglos" zu stellen, um ihm ggf. die Kosten des Verfahrens aufzubürden.¹⁾ Dann stellt sich aber weiter die Frage, ob der Antrag nicht doch zulässig ist, weil das Rechtsschutzbedürfnis noch gegeben ist. Gemeint sind die Fälle, in denen die Rechtsnorm zwar aufgehoben ist, sich aus ihr jedoch noch Auswirkungen ergeben können.²⁾ Als Beispiele lassen sich die Fälle anführen, wo die Frage der Gültigkeit der Rechtsnorm noch in der Zukunft im verwaltungsbehördlichen Verfahren, etwa die Abwicklung von während der Gültigkeit der Rechtsnorm entstandenen Rechtsverhältnissen oder aber in Einzelfällen, wie die Vorfrage der Gültigkeit der Norm für die Beurteilung von Ersatzansprüchen gegen Hoheitsträger, von Bedeutung sein kann. Ferner wird das Rechtsschutzbedürfnis auch gegeben sein, wenn eine Wiederholungsgefahr oder ein

¹ Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 22, 32

² vgl. Bad.-Württ.VGH, NJW 1972, S. 887; HessVGH, DVBl. 1973, S. 956 (958); König, DVBl. 1963, S. 83; Schenk, DVBl. 1976, S. 200; Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 10; Kopp, § 47 Rdnr. 12

Rehabilitationsinteresse besteht.¹⁾

Für diesen Lösungsweg spricht der Gedanke der Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO, denn die vorgenannten aufgezeigten Möglichkeiten begründen ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Ungültigkeit der Norm und damit das Rechtsschutzbedürfnis im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren. Darüber hinaus schlagen auch prozeßökonomische Gesichtspunkte durch, denn mit der Entscheidung wird zwangsläufig Folgeprozessen vorgebeugt, was insbesondere im Falle der Wiederholungsgefahr deutlich wird.

Schließlich kann in diesen Fällen die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses nicht anders beurteilt werden, als wenn die Rechtsnorm noch in Kraft wäre. Denn besteht der Sinn und Zweck des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens darin, über die Gültigkeit der Rechtsnorm Gewißheit zu erhalten, und zwar für ihre zukünftige Anwendung, kommt der in § 47 VwGO liegende Rechtsschutzgedanke gleichfalls zum Tragen, wenn die inzwischen ungültige Rechtsvorschrift noch im Sinne des § 47 VwGO erhebliche Auswirkungen entfaltet. Allerdings wird eine positive Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts die Feststellung treffen, daß die Rechtsvorschrift ungültig war.

Diese Fragen werden im übrigen auch dann auftreten, wenn die zu prüfende Rechtsnorm bereits im Zeitpunkt der Antragstellung nicht mehr gültig war.

¹ vgl. Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 22; Theuersbacher, JuS 1971, S. 97; Scholler/Broß, S. 185; Schenk, DVBl. 1976, S. 201; a.A. HessVGH, ESVGH 19, S. 149

Eine Besonderheit besteht noch für die Fälle, in denen die Rechtsnorm bereits vollzogen und der Nachteil irreparabel geworden ist. Insoweit besteht kein Rechtsschutzbedürfnis, denn mangels eines behebbaren Nachteils kann mit der Normenkontrolle kein rechtsschutzwürdiges Interesse mehr verfolgt werden.¹⁾

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß sich aus § 183 VwGO in Verbindung mit § 47 Abs. 6 Satz 3 VwGO ergibt, daß bestandskräftig gewordene oder durch rechtskräftiges Urteil bestätigte Verwaltungsakte, die aufgrund der als ungültig festgestellten Norm ergangen sind, von der Normenkontrollentscheidung nicht berührt werden.²⁾ Für diese gesetzliche Regelung sprechen Gründe der Rechtssicherheit, denn es würde in der Praxis kaum durchführbar sein, die in Betracht kommenden Fälle rückabzuwickeln. Aus diesem Grunde gebührt der Rechtssicherheit gegenüber der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Vorrang. Mit der ausdrücklichen Verweisung auf § 183 VwGO in § 47 Abs. 6 Satz 3 VwGO ist auch der Streitfrage - zugunsten der bisher schon herrschenden Meinung -³⁾ ein Ende gesetzt, ob ein auf der ungültigen Rechtsvorschrift beruhender aber noch

¹⁾ vgl. BVerwG, NJW 1978, S. 2522; OVG Lüneburg, BBauBl. 1980, S. 332 und DVBl. 1980, S. 962; OVG Berlin, MDR 1981, S. 80

²⁾ vgl. König, DVBl. 1963, S. 86; Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 39

³⁾ Eyermann/Fröhler, 6. Aufl., a.a.O.; Redeker/von Oertzen, 5. Aufl., § 47 Rdnr. 26; Bettermann, Festschrift für H.J. Wolff, S. 485
a.A. Kopp, 1. Aufl. 1974, § 47 Anm. 8

nicht vollzogener Verwaltungsakt vollstreckt werden darf. Dagegen sind noch anfechtbare Verwaltungsakte aufzuheben, auch wenn sie einen Dritten begünstigt haben.¹⁾

¹ Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 39;
König, DVBl. 1963, S. 86

2. Der Zeitpunkt des Erlasses

Angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁾ für den ihm unterstehenden Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit im Rahmen des Art. 100 GG, wonach nur nach-konstitutionelle förmliche Gesetze der verfassungsgerichtlichen Überprüfung unterliegen, könnte gleichfalls eine dahin gehende Beurteilung vertreten werden, daß auch die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nur bei nach dem Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung erlassenen Rechtsnormen zulässig sei. Abgesehen davon, daß der Wortlaut des § 47 VwGO eine derartige Interpretation nicht rechtfertigt, ergibt sich gerade auch aus dem Sinn und Zweck des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens, nämlich die Schaffung einer eindeutigen Rechtslage, daß es hier nicht auf den Zeitpunkt des Erlasses der Rechtsnorm ankommen kann.²⁾ Anderenfalls würde man dem Antragsteller, insbesondere dem Bürger, zumuten, zunächst das Inkrafttreten der betreffenden Rechtsnorm zu erforschen, wollte er nicht Gefahr laufen, vom Gericht ohne weitere Nachprüfung kostenfällig abgewiesen zu werden.

Es reicht daher allein aus, daß die zu überprüfende Rechtsnorm noch in der Gegenwart zur Anwendung kommen kann. Aus diesem Grunde sind die innerhalb des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens zur Überprüfung in Betracht kommenden Rechtsvorschriften zahlreich. Es fragt sich in diesem Zusammenhang, ob die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle aus Rechtsschutzgründen noch weiter ausgedehnt werden kann.

¹ DÖV 1953, S. 214

² vgl. Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 21; Koehler, § 47 Anm. III 7; Wolfram, S. 101

a) Die Statthaftigkeit eines Normenerlaßantrages

Der "Normenkontrollantrag" könnte darauf gerichtet sein, die zuständige Körperschaft, Anstalt oder Stiftung durch Gerichtsspruch zum Erlaß der begehrten Rechtsnorm zu verpflichten. Auf diesen Gedanken könnte man deshalb kommen, weil es auch neben der Anfechtbarkeit eines Verwaltungsaktes die Verpflichtung zum Erlaß eines solchen gibt.¹⁾ Ein solcher Gedanke ist aber aus vielen Gründen zu verwerfen. An dem klaren Wortlaut des § 47 VwGO wird man, bei aller Sympathie für den Ausbau des "Rechtsschutzes", nicht vorbeigehen können. Daneben bestehen aber noch andere ablehnende Gründe. Eine Normenverpflichtungsklage als "notwendige Ergänzung der Normenanfechtungsklage"²⁾ kann sich schon von vornherein nicht stellen, weil das Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO seinem Wesen nach ein Feststellungsverfahren ist, was aus dem Antragsbegehren folgt.³⁾ Im übrigen ist hier auch ein Vergleich zur Anfechtungs- und Verpflichtungsklage fehl am Platze, denn beide Klagen basieren auf einer Ermächtigungs- bzw. Anspruchsgrundlage; sie haben also eine "konkrete" Beziehung zu einer Rechtsmaterie, die bei der Normenverpflichtungsklage nicht festgestellt werden kann. Das

¹ Dementsprechend bejaht Obermayer, DVBl. 1965, S. 632/633 eine Normenverpflichtungsklage in analoger Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO, nicht jedoch über § 47 VwGO; vgl. ferner ders., Zehn Jahre VwGO, S. 158/159

² so Obermayer, DVBl. 1965, S. 632

³ vgl. S. 138 ff.

Oberverwaltungsgericht würde gewissermaßen im "luftleeren Raum" überprüfen. Überdies ist auch nicht erkennbar, wo der gem. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO erforderliche Nachteil liegen soll. Auch diese Regelung geht davon aus, daß zunächst einmal eine Rechtsvorschrift bestehen muß. Ohnehin handelt es sich bei der Normenverpflichtungsklage um einen atypischen Fall der Normenkontrolle. Hintergrund dieser Klage wird - wie noch zu zeigen sein wird - in aller Regel ein aus der angestrebten Norm zu erwartender ausschließlicher Vorteil sein.¹⁾ Daher wäre - bei unterstellter Statthaftigkeit - das Rechtsschutzbedürfnis stets zu verneinen.

Dessen ungeachtet - ob über § 42 Abs. 2 VwGO analog²⁾ oder ob über § 47 VwGO - bestehen gegen eine Normenverpflichtungsklage verfassungsrechtliche Bedenken. Die Zielsetzung der Verfassung, den demokratischen Bundesstaat insbesondere durch das Spiel relativ gleichgewichtiger Kräfte zu gewährleisten, würde durch die Normenverpflichtungsklage arg in Mitleidenschaft gezogen.³⁾

¹ Natürlich darf der Nachteil nicht mit dem "Kraftakt" bejaht werden, durch die Unterlassung der Normsetzung sei man in seinen Rechten verletzt, was aus dem fehlenden Vorteil resultiere. vgl. auch Obermayer, Zehn Jahre VwGO, S. 159

² so Obermayer, DVBl. 1965, S. 632/633

³ Sie würde darauf hinauslaufen, daß mit der Einführung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle dem Oberverwaltungsgericht die "Ermächtigung zum Erlaß unter dem Landesgesetz stehender Rechtsnormen" übertragen worden ist; vgl. dazu Hesse, S. 194 ff.

Vorweg ist festzustellen, daß sie Querulanten und Spekulanten Tür und Tor öffnen würde. Es bestünde die Gefahr, daß ein jeder seine Ansicht, einen bestimmten Bereich kodifiziert zu wissen, an das Oberverwaltungsgericht herantragen würde. Wird die gegenwärtige Gesetzesflut als nicht glücklich empfunden,¹⁾ so würde diese "Verrechtlichung" in besonderem Maße akkumuliert werden. Im übrigen würde das Oberverwaltungsgericht - falls der Weg über § 47 VwGO liefe - gleich zweimal mit der Materie beschäftigt sein: Nach erfolgreicher Normenverpflichtungsklage könnte nämlich die sodann erlassene Norm Gegenstand eines neuen Normenkontrollverfahrens sein.

Schließlich würde auch die Kritik am bisherigen Grundstücksmarkt mit guten Gründen neu belebt werden, denn eine Vielzahl von Grundstückseigentümern würde die Möglichkeiten ausschöpfen, um ihre Flächen als Bauland zu verwerten. Allerdings könnte dem insoweit begegnet werden, als der Bebauungsplan gem. § 8 Abs. 2 Satz 1 BBauG aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln ist, dieser aber keine Rechtsnormqualität besitzt²⁾ und insoweit nicht Gegenstand eines Normenkontrollverfahrens sein kann. Einer Normenverpflichtungsklage auf Erlass eines Bebauungsplanes wäre von daher schon kein Erfolg beschieden.

¹ vgl. Vogel, JZ 1979, S. 321

² Der Flächennutzungsplan beschränkt sich auf den verwaltungsinternen Bereich; vgl. Friauf, in: v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 457

Auch bei einem bestehenden Flächennutzungsplan würde - bei unterstellter Statthaftigkeit - die Normenverpflichtungsklage mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig sein, denn mit der Aufstellung des Planes hat die Gemeinde ihren Planungswillen kundgetan, so daß von dem bevorstehenden Erlaß des Bebauungsplanes ausgegangen werden kann.

Insbesondere sprechen neben diesen allgemeinen, auf die Praxis ausgerichteten Gedanken die Gründe dagegen, die sich aus dem Gleichgewicht der Kräfte zwischen den einzelnen Gewalten ergeben. Dieses Gleichgewicht würde bei der Statthaftigkeit einer Normenverpflichtungsklage zugunsten der Rechtsprechung, insbesondere des Obergerichts verschoben werden. Dem Obergericht wäre es dann möglich, in erhebliche Belange der rechtsetzenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen einzugreifen. Die von der Verwaltung vorgenommene Rechtsetzung ist zugeschnitten auf den örtlich begrenzten Wirkungskreis. Von daher werden ihre Entscheidungen von verschiedenen Gesichtspunkten abhängig sein. Die tragenden Gesichtspunkte können einerseits in der Frage der Notwendigkeit des Erlasses einer Norm (Bedürfnisprüfung) liegen, andererseits können sie haushaltsrechtlicher Natur sein. Abgesehen von der Verlagerung des Gleichgewichts, erscheint es höchst fraglich, ob das Obergericht angesichts der fehlenden Sachnähe mit dieser Aufgabe nicht überfordert wäre. Für den eine bestimmte Regelung Begehrenden ist es angesichts der "Ortsnähe" ohnehin praktikabler, wenn er seine Wünsche über andere "Kanäle" an die normsetzenden Gremien heranträgt.

Aus den vorgenannten Gründen ist ein im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO durchsetzbarer Anspruch auf Erlaß einer Norm strikt abzulehnen.¹⁾

¹ ebenso Rasch, BauR 1977, S. 147 FN 4 unter Hinweis auf Westbomke, S. 128 ff.

b) Statthaftigkeit einer vorbeugenden Normenkontrolle

Lag die Zielsetzung der soeben besprochenen Frage in der Schaffung von Rechtsnormen, so weist die Frage der vorbeugenden Normenkontrolle wieder in die typische Richtung der Normenkontrolle, nämlich eine abstrakte Regelung zu verhindern. Entscheidend ist hierbei, ob der Rechtsschutz des Bürgers eine präventive Normenkontrolle bedingt.

Das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren kann nicht zulässig sein, wenn sich der Antragsteller gegen den bevorstehenden Erlaß von Rechtsnormen richtet. Die sich in diesem Stadium befindlichen Entwürfe sind nicht verbindlich und können somit keine Beeinträchtigungen auslösen. Unabhängig davon würde eine andere Handhabung zu erheblichen Schwierigkeiten in der Praxis führen. Der Antragsteller könnte sich dann schon gegen entfernte gesetzgeberische Absichten wehren, was zu einer Blockierung der Gesetzgebungstätigkeit und zu einer Überlastung der Gerichte führen würde. Im übrigen wäre die "Normenkontrollentscheidung" in diesem Falle bedeutungslos. Insoweit besteht auch in Rechtsprechung¹⁾ und Literatur²⁾ die gleiche ablehnende Haltung. Dennoch verdient in diesem Zusammenhang eine Frage Beachtung, die nur teilweise in Rechtsprechung³⁾ und

¹ BVerwG, DVBl. 1963, S. 441/442; Bad.-Württ.VGH, DÖV 1962, S. 709; BayVGH, BayVBl. 1975, S. 421; im übrigen BVerwGE 54, S. 211; OVG Berlin, NJW 1977, S. 2283

² Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 50; König, DVBl. 1972, S. 57 (58); Schenk, DVBl. 1976, S. 200; Ule, VerwArch 65 (1974), S. 291 (296); Rasch, BauR 1977, S. 150; Birk, JuS 1979, S. 412/413; Wolfram, S. 102 ff.; Wolff/Bachof III, § 165 III b 3; Klinger, § 47 Anm. B 3; Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 21

³ Bad.-Württ.VGH, NJW 1976, S. 1706

Literatur¹⁾ angesprochen wird. Es geht dabei um die Frage, von welchem Zeitpunkt an die Rechtsnorm für das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren relevant wird. Diesbezüglich ist die Terminologie ein wenig verschwommen.

Einige²⁾ führen aus, daß "erst mit Erlaß der Vorschrift, wenn sie Allgemeinverbindlichkeit erlangt hat, ihre Gültigkeit im Wege eines Normenkontrollverfahrens durch das Oberverwaltungsgericht überprüft werden kann". Danach würde mit dem Erlaß der Vorschrift die Allgemeinverbindlichkeit eintreten, woraus zu folgern wäre, daß die Rechtsvorschrift in Kraft ist.

Andere³⁾ lassen die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle dann zu, wenn der Rechtssatz bereits erlassen (verkündet), aber noch nicht in Kraft getreten ist, "anders noch nicht erlassene Rechtsätze".⁴⁾

¹ Bergmann, VerwArch 51 (1960) S. 50; Klinger, § 47 Anm. B 3; Wolff/Bachof III, § 165 III b 3; Bettermann, Zehn Jahre VwGO, S. 193; Tschira/Schmitt-Glaeser, S. 240; Kopp, § 47 Rdnr. 12; Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 10;

² z.B. Wolfram, S. 103

³ Kopp, § 47 Rdnr. 12; Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 10; Wolff/Bachoff III, § 165 III b 3; Bad.-Württ.VGH, NJW 1976, S. 1706

⁴ Kopp, a.a.O.

Hieraus müßte geschlossen werden, daß mit dem Erlaß, wohl synonym mit der Verkündung, eine Allgemeinverbindlichkeit noch nicht eingetreten ist.

Daneben wird noch darauf abgestellt, ob der Willensbildungsprozeß des Normgebers abgeschlossen ist,¹⁾ oder ob die Rechtsnorm aus dem Stadium eines Entwurfs herausgetreten ist.²⁾

Zur Klarstellung ist auf folgendes hinzuweisen: Die positive Rechtsgeltung einer geschriebenen Rechtsquelle hängt von der Erfüllung formeller und materieller Erfordernisse ab.³⁾ Für das hier im Mittelpunkt stehende kommunale Satzungsrecht bedeutet dies, daß die Norm von dem zuständigen Organ erlassen sein muß. Gem. § 28 Abs. 1 Buchst. g) GO NW⁴⁾ gehört der Erlaß von Satzungen und ortsrechtlichen Bestimmungen zur ausschließlichen Zuständigkeit des Rates. Demnach ist eine Norm dann erlassen, wenn sie der Rat beschlossen hat. Der Willensbildungsprozeß des Normgebers ist damit abgeschlossen.⁵⁾

¹ Bettermann, Zehn Jahre VwGO, S. 193

² Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 50; Klinger, § 47 Anm. B 3
Gemeinsam ist wohl bei allen Ausführungen, daß der gerichtliche Schutz schon dann zum Tragen kommen soll, wenn mit dem Vollzug der Vorschrift gerechnet werden muß.

³ vgl. Wolff I, § 28 I a

⁴ Ähnlich in den Gemeindeordnungen der anderen Bundesländer, da diese ebenfalls von der Deutschen Gemeindeordnung abgeleitet werden.

⁵ Bettermann, Zehn Jahre VwGO, S. 193

Sodann ist die Rechtsnorm in der vorgeschriebenen Form zu verkünden. Diese öffentliche Bekanntmachung entspricht sowohl einem allgemeinen Rechtsgrundsatz¹⁾ als auch den ausdrücklichen Bestimmungen der Gemeindeordnungen.²⁾ Für das kommunale Satzungsrecht ergibt sich die Form der Bekanntmachung aus den landesrechtlichen Bekanntmachungsverordnungen.³⁾ In der Regel wird die Norm auf die Bekanntmachungsanordnung des Ratsvorsitzenden in der nach der Hauptsatzung bestimmten Form veröffentlicht.⁴⁾

Die dritte Stufe betrifft die Wirksamkeit der Rechtsvorschrift. Die zeitliche Geltung eines Gesetzes beginnt mit dem Tage des Inkrafttretens. In den meisten Fällen ist dies der auf die Verkündung folgende Tag.⁵⁾

An sich spricht der Wortlaut des Gesetzes, nämlich die Gültigkeit der Rechtsnorm, dafür, den gerichtlichen Schutz erst mit dem Inkrafttreten der Norm einsetzen zu lassen. Jedoch bestehen

¹ OVG Münster, VerwRspr. 17, S. 725 (731); HessVGH, DVBl. 1965, S. 811

² z.B. § 4 Abs. 4 GO NW

³ vgl. die Nachweise für die vorgeschriebene Form der Bekanntmachung sämtlicher Rechtsquellen bei Wolff I, 23a 3. Zu den besonderen Formvorschriften über die Bekanntmachung von ortsrechtlichen Bestimmungen nach Bundes- oder Landesrecht, vgl. Mombaur/Dahn, § 4 GO Rdnr. 3

⁴ Amtsblatt oder Tageszeitungen

⁵ Erscheinungstag des Verkündungsblattes. Weitere Möglichkeiten hinsichtlich des Zeitpunkts des Inkrafttretens, vgl. Wolff I, § 27 I a

keine Bedenken, bereits die Normen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle zuzuführen, die in der vorgeschriebenen Form verkündet sind. Denn den obigen Ausführungen hinsichtlich des Einsatzes des gerichtlichen Schutzes liegt der Gedanke zugrunde, daß dieser Schutz dann zum Tragen kommen soll, wenn mit dem Inkrafttreten der Vorschrift gerechnet werden muß. Angesichts des Regelfalles bei unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, nämlich Inkrafttreten am nächsten Tage, ist dies mit der Verkündung der Fall. Für die Praxis werden sich daraus ohnehin keine Schwierigkeiten ergeben, denn es ist unwahrscheinlich, daß das Oberverwaltungsgericht den am Tage der Verkündung eingehenden Normenkontrollantrag vor Zustellung und Stellungnahme des Antragsgegners überprüft.

Dagegen ist die Vorverlegung des gerichtlichen Schutzes auf den Zeitpunkt des Erlasses, dem Abschluß des Willensbildungsprozesses des Normgebers, abzulehnen. Zwischen dem Erlaß und der Verkündung liegt - bedingt durch den normalen Verwaltungsablauf - ein nicht genau zu fixierender Zeitablauf. Dieser wird nicht unerheblich sein, wenn die Rechtsnorm zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedarf. Die Genehmigung wiederum kann mit einer Maßgabe erteilt werden, so daß es erst wieder eines Beitrittsbeschlusses bedarf, was einen weiteren Zeitablauf zur Folge hat. Da aber auch die Genehmigung in der Bekanntmachung zumindest mitzuteilen ist,¹⁾ der Ausgang des Genehmigungsverfahrens aber noch ungewiß ist, braucht der Normadressat noch nicht mit dem Inkrafttreten zu rechnen.

¹⁾ vgl. OVG Münster, DVBl. 1968, S. 394; HessVGH, VerwRspr. 20 S. 709

VIII. Der vorläufige Rechtsschutz

Nicht zu verwechseln mit dem soeben behandelten vorbeugenden Rechtsschutz, der auf eine endgültige Entscheidung abzielt, ist der vorläufige Rechtsschutz.

Der vorläufige Rechtsschutz war bereits Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.¹⁾ So ist die neue Regelung des § 47 Abs. 7 VwGO ein Beleg für den Rechtsschutzcharakter des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens. Mit ihr ist auch die bisher umstrittene Frage der Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung im Normenkontrollverfahren geklärt, denn gem. § 47 Abs. 7 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen. Damit hat sich der Gesetzgeber gegen die in Rechtsprechung²⁾ und Literatur³⁾ bestehende ablehnende Auffassung entschieden.

¹ vgl. S. 77/78

² OVG Bremen, DÖV 1954, S. 60; OVG Lüneburg, OVGE 17, S. 343 ff.; HessVGH, NJW 1970, S. 1619; BayVGH, VerwRspr. 20, S. 1022
a.A. für den alten Rechtszustand: BayVGH, BayVBl. 1969, S. 288; 1972, S. 116; OVG Lüneburg, DÖV 1974, S. 824; Bad.-Württ.VGH, ESVGH 11, S. 23 ff., 13, S. 81; weitere Entscheidungen des Bad.-Württ. VGH bei Engelken, Diss., Anhang

³ Eyermann/Fröhler, 5. Aufl., § 47 Rdnr. 37; Redeker/von Oerzten, 5. Aufl., § 47 Rdnr. 15; Koehler, § 47 Anm. IV 4; Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 59; Wolfram, S. 160/161
a.A. für den alten Rechtszustand: Quaritsch, VerwArch 51 (1960), S. 365; Grundmann, DÖV 1960, S. 685; ferner: Klotz, DÖV 1966, S. 186; Obermayer, Festschrift für Peters, S. 885 ff.; Blümel, Festschrift für Forsthoff, S. 145/146; v. Engelhardt, S. 219 ff.; Finkelnburg, 1. Aufl., Rdnr. 200; Klein/Kupfer, DÖV 1970, S. 73; Soyka, MDR 1974, S. 448

Das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO gewährleistet eine frühzeitige Klärung der Rechtslage, die neben dem Interesse des Antragstellers auch dem Interesse der Stellen zugute kommt, die die Rechtsvorschrift anzuwenden haben. Die frühzeitige Wirkung wird noch durch die Bündelungswirkung verstärkt, die dadurch eintritt, daß sofort die nicht reversible Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts beantragt werden kann. Konnte man bislang in einzelnen Fällen davon ausgehen, daß durch die Instrumente des vorbeugenden Rechtsschutzes gem. §§ 80, 123 VwGO gegen den zu erwartenden Vollzugsakt die Normenkontrolle nicht unbedingt einen besseren Rechtsschutz darstellte, so tritt nunmehr die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle durch die Zulässigkeit der einstweiligen Anordnung in eine neue Dimension.

Angesichts dieser Zulässigkeit erübrigt es sich, auf die teils widersprüchliche Argumentation der früheren ablehnenden Auffassung einzugehen. Gleichwohl wirft die positive Regelung des § 47 Abs. 7 VwGO hinsichtlich ihres Umfanges und ihrer Bedeutung neue Fragen auf, die in der nächsten Zeit in die Diskussion rücken werden, wie bereits die ersten Abhandlungen zu § 47 Abs. 7 VwGO zeigen.¹⁾

¹ vgl. die ersten Stellungnahmen von Zuck, DÖV 1977, S. 848 ff.; Schenke, DVBl. 1979, S. 169 ff., der gleich zu Beginn seiner Abhandlung die zahlreichen Probleme aufzeigt; sowie Grave, BauR 1981, S. 156 ff.

1. Der Zeitpunkt des Erlasses der einstweiligen Anordnung

Als Eingangsproblem stellt sich die Frage in den Weg, von welchem Zeitpunkt an der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung gem. § 47 Abs. 7 VwGO zulässig ist. In diesem Zusammenhang braucht nicht mehr erörtert zu werden, ob die einstweilige Anordnung gegenüber noch nicht erlassenen Rechtsnormen möglich ist.¹⁾ Hier kann nichts anderes gelten als beim Hauptsacheverfahren, so daß die im Rahmen des vorbeugenden Rechtsschutzes getroffenen Feststellungen²⁾ gleichfalls Gültigkeit beanspruchen.³⁾

Darüber hinaus ist gerade bei der dem Antrag entsprechenden einstweiligen Anordnung wegen der beschleunigten und summarischen Überprüfung die Blockierung des verwaltungsbehördlichen Rechtsetzungsverfahrens durch das Oberverwaltungsgericht offenkundig, so daß eine Vorverlagerung des Rechtsschutzes auf jeden Fall abzulehnen ist.

Indes weist die obige Gleichsetzung mit dem Hauptsacheverfahren auf eine andere Frage hin, die darauf abzielt, ob eine einstweilige Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren ein bereits anhängiges Hauptsacheverfahren voraussetzt. Diese Frage ist bereits kontrovers.

¹ vgl. Schenke, DVBl. 1979, S. 170/171

² vgl. S. 227 ff.

³ so auch Achterberg, VerwArch 1981, S. 183

a) Meinungsstand:

Soweit ersichtlich, fehlt bislang in der Rechtsprechung eine ausdrückliche Stellungnahme zu dieser Frage. Das mag daran liegen, daß in den zu entscheidenden Fällen das Hauptsacheverfahren stets eingeleitet war.¹⁾

In der Literatur ist lediglich vereinzelt eine Stellungnahme erfolgt.

So wird vertreten, daß eine einstweilige Anordnung außerhalb eines anhängigen Normenkontrollverfahrens deshalb unzulässig sei, weil § 47 Abs. 7 VwGO ein bekanntes Gericht, also ein anhängiges Normenkontrollverfahren, voraussetze.²⁾

Dem wird entgegengehalten, daß mit der Formulierung "das Gericht" lediglich der Verfasser der einstweiligen Anordnung genannt sei.³⁾ Die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen von einem anhängigen Normenkontrollverfahren ergebe sich insbesondere durch die über § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu schließende Lücke in § 47 Abs. 7 VwGO.⁴⁾

¹ vgl. OVG Lüneburg, DVBl. 1979, S. 194.; OVG Münster, NJW 1980, S. 1013 ff.; vgl. ferner den Sachverhalt, der der dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegten Rechtsfrage zugrundelag, DVBl. 1980, S. 368. Dagegen zeigt der Sachverhalt in dem einstweiligen Anordnungsverfahren vor dem OVG Münster, VerwRspr 30 (1979) S. 685 ff., Nr. 163, daß das Hauptsacheverfahren noch nicht eingeleitet war. Das Oberverwaltungsgericht hat den Antrag - ohne auf diese Frage einzugehen - für zulässig, jedoch für unbegründet gehalten.

² vgl. Zuck, DÖV 1977, S. 850; offensichtlich auch Rasch, BauR 1977, S. 151

³ Schenke, DVBl. 1979, S. 170

⁴ Schenke, a.a.O.; Kopp, § 47 Rdnr. 77; Meyer-Ladewig, BBauBl. 1977, S. 218; Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 40; Grave, BauR 1981, S. 157

b) Stellungnahme:

Die vorstehende Frage hat für die Praxis eine nicht unerhebliche Bedeutung, so daß es von daher erstaunlich ist, daß sie bislang so wenig Beachtung gefunden hat. Die praktische Relevanz tritt allerdings ausschließlich dann zutage, wenn der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung im übrigen zulässig und begründet ist. Dabei bedarf es an dieser Stelle nicht einmal der näheren Erörterung des möglichen Inhalts einer einstweiligen Anordnung gem. § 47 Abs. 7 VwGO; denn der Antrag im einstweiligen Anordnungsverfahren und dementsprechend die Entscheidung des Gerichts gehen dahin, die Vollziehung der Rechtsnorm vorläufig bis zur Entscheidung in der Hauptsache auszusetzen.¹⁾ Auch wenn man lediglich von einer individuellen Wirkung der Entscheidung ausgeht,²⁾ so hat der Antragsteller den Zeitpunkt des Vollzuges der Rechtsnorm selbst in der Hand, wenn ein anhängiges Hauptsacheverfahren nicht zur Zulässigkeitsvoraussetzung erhoben wird. Dem könnte in der Praxis dadurch begegnet werden, daß die Vollziehungsaussetzung zeitlich befristet wird. Jedoch verbleibt es bei dem Schwebezustand, wenn ein erneuter Antrag ebenfalls zum positiven Ergebnis führt.

Diese Gedanken zeigen bereits, daß ein praktisches Bedürfnis besteht, für die Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung gem. § 47 Abs. 7 VwGO ein anhängiges Hauptsacheverfahren zu ver-

¹ Engelken, Diss., S. 99

² auf diese Frage wird noch einzugehen sein.

langen. Ein solches Ergebnis findet seine Rechtfertigung auch in anderen Gründen.

Vorweg ist festzustellen, daß allein die Formulierung "das Gericht" in § 47 Abs. 7 VwGO weder für die eine noch für die andere Ansicht etwas hergibt. Wie ein Blick auf § 80 Abs. 5 VwGO und § 123 Abs. 1 VwGO zeigt, ist aus der Formulierung "das Gericht" noch nicht auf ein bereits anhängiges Hauptsacheverfahren zu schließen.¹⁾ Andererseits bedarf es auch keiner näheren Erörterung, daß der Erlaß einstweiliger Anordnungen in die Domäne der Gerichte gehört.²⁾ Gewichtiges Argument, für die Anhängigkeit eines Hauptsacheverfahrens einzutreten, ist die bei § 47 Abs. 7 VwGO im Gegensatz zu §§ 80 Abs. 5, 123 Abs. 1 VwGO fehlende Ermächtigung zur Antragstellung vor Klageerhebung.³⁾ Dem kann nicht entgegengehalten werden, in § 47 Abs. 7 VwGO bestehe eine Lücke, die über § 123 VwGO zu schließen sei.⁴⁾ Im Wege der genetischen Interpretation ist nämlich davon auszugehen, daß der Gesetzgeber bewußt auf eine § 123 Abs. 1 VwGO entsprechende Regelung verzichtet bzw. eine Verweisung auf diese Vorschrift unterlassen hat. Ohne sich schon jetzt im einzelnen festlegen zu wollen, in welchem Umfange § 32 BVerfGG und/oder

¹ so aber Zuck, DÖV 1977, S. 850. In diesem Zusammenhang fragt sich, warum der Gesetzgeber in Abs. 7 nicht wie in allen anderen Absätzen des § 47 VwGO auch vom "Oberverwaltungsgericht" spricht.

² vgl. Schenke, DVBl. 1979, S. 170

³ Darauf weist zu Recht Zuck, DÖV 1977, S. 850 FN 15 hin

⁴ so Schenke, a.a.O.

§ 123 VwGO im Rahmen des § 47 Abs. 7 VwGO herangezogen werden können, darf nicht außer acht gelassen werden, daß die amtlichen Begründungen¹⁾ von einer Anlehnung des § 47 Abs. 7 VwGO an § 32 BVerfGG sprechen. In dem Anordnungsverfahren nach § 32 BVerfGG ist aber eindeutig, wie sich schon aus § 32 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG²⁾ und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁾ ergibt, daß das Hauptsacheverfahren anhängig sein muß.

Des weiteren zeigt der unterschiedliche Verfahrenscharakter des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens gegenüber den anderen verwaltungsgerichtlichen Verfahren, daß eine andere Betrachtungsweise angezeigt ist.⁴⁾ Den Regelungen in § 80 Abs. 5 VwGO und § 123 Abs. 1 VwGO liegt der Gedanke zugrunde, daß dem gerichtlichen Verfahren ein Verwaltungsverfahren vorausgeht, das angesichts bestehender Rechtsmittelfristen oder über § 75 VwGO ohnehin in Kürze in der Hauptsache dem Gericht vorliegen wird, anderenfalls würde Bestandskraft eintreten und eine einstweilige Entscheidung des Gerichts gegenstandslos werden. Darüber hinaus erzeugen die einstweiligen Rechtsschutzverfahren häufig die Wirkung, daß die vorläufigen gerichtlichen Entscheidungen zu einer Erledigung des

¹ vgl. BT-Drucks. 7/4324, S. 12

² "Bei besonderer Dringlichkeit kann das Bundesverfassungsgericht davon absehen, den am Verfahren zur Hauptsache Beteiligten oder Äußerungsberechtigten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben".

³ vgl. BVerfGE 7, S. 367 ff.; 18, S. 151 ff.

⁴ Kopp, § 47 Rdnr. 77 tritt für eine einstweilige Anordnung vor einem anhängigen Hauptsacheverfahren ein, gibt jedoch in § 123 Rdnr. 1 selbst ein Gegenargument: "soweit sich auch aus dem Wesen des Normenkontrollverfahrens nichts anderes ergibt."

Streits vor der Klageerhebung beitragen.¹⁾
Anders verhält es sich dagegen in den Aus-
setzungsverfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO. Der
Antrag, die Vollziehung der Norm bis zur Ent-
scheidung der Hauptsache auszusetzen, verliert
hier seinen Sinn, würde man kein anhängiges
Hauptsacheverfahren verlangen. Denn eine Ent-
scheidung der Hauptsache steht - auch mangels
bestehender Antragsfristen - schon begrifflich
nicht an.

Ferner ergibt auch der Hinweis auf § 173 VwGO,
§§ 936, 926 ZPO zu keiner anderen Betrachtung
Anlaß;²⁾ denn § 173 VwGO bestimmt selbst, daß
grundsätzliche Unterschiede beider Verfahrens-
arten eine entsprechende Anwendung ausschließen.
Ist aber schon innerhalb der Verwaltungsgerichts-
ordnung eine entsprechende Anwendung nicht möglich,
so kann dies erst recht nicht über § 173 VwGO ge-
schehen.

¹ In der Tat ist dieses in der verwaltungsgericht-
lichen Praxis nicht selten zu beobachten. Das
liegt daran, daß die Überprüfung in den Eilver-
fahren zuweilen derartig umfassend ist, daß die
gerichtliche Entscheidung schon als "endgültig"
angesehen werden kann, was die häufigen Verwei-
sungen in den Urteilen der Hauptsacheverfahren
belegen. Von einem summarischen Verfahren kann
daher keine Rede sein. Freilich ist an dieser
Stelle die Frage erlaubt, ob die Praxis diesbe-
züglich einer Korrektur bedarf.

² so aber Schenke, DVBl. 1979, S. 170

Letztlich ist noch darauf hinzuweisen, daß es dem Gesetzgeber bei der Neufassung ein leichtes gewesen wäre, in § 47 Abs. 7 VwGO einen Hinweis auf § 123 Abs. 1 VwGO aufzunehmen. Da der Gesetzgeber unmittelbar vorher, nämlich in Abs. 6 Satz 3 von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, kann davon ausgegangen werden, daß er dieses in Abs. 7 - wie bereits oben ausgeführt¹⁾ - bewußt unterlassen hat. Von einer "lückenhaften und rudimentären Regelung in § 47 Abs. 7 VwGO"²⁾ kann somit nicht gesprochen werden. Die einstweilige Anordnung gem. § 47 Abs. 7 VwGO ist daher erst zulässig, wenn das Hauptsacheverfahren anhängig ist.³⁾

¹ vgl. S. 237

² vgl. Schenke DVBl. 1979, S. 170

³ Im übrigen scheint auch das Bundesverwaltungsgericht in seinem Beschluß vom 3.7.1979, DVBl. 1980, S. 368 von diesem Ergebnis auszugehen. Zunächst spricht das Bundesverwaltungsgericht von dem Normenkontrollantrag und bezieht sich auf Zuck, DÖV 1977, S. 850. Es wäre naheliegend gewesen, bei abweichender Meinung, dieses zum Ausdruck zu bringen.

2. Die Beteiligten im Verfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO

Im Gegensatz zur vorausgegangenen Frage hat die Frage, wer im Verfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO Beteiligter ist, in Rechtsprechung und Literatur bereits größere Beachtung gefunden.

a) Antragsteller

Die Antragsberechtigung im einstweiligen Anordnungsverfahren deckt sich mit der im Hauptsacheverfahren. Daher kann auch nur derjenige einen Antrag stellen, der dazu gem. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO berechtigt ist.¹⁾ Keinesfalls darf an dieser Stelle die materielle Voraussetzung des "schweren Nachteils" gem. § 47 Abs. 7 VwGO Eingang finden. Indes besteht die Gefahr, im Rahmen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses die Frage einfließen zu lassen, ob diese Sachurteilsvoraussetzung zu verneinen ist, wenn das entsprechende Ziel mit einem Antrag gem. §§ 80, 123 VwGO gegenüber einem ergangenen Vollzugsakt erreichbar ist. Ungeachtet der unterschiedlichen Zielsetzung, die der Antragsteller in den Verfahren gem. §§ 80, 123 VwGO einerseits und gem. § 47 Abs. 7 VwGO andererseits verfolgt, erscheint es kaum verständlich, im Gegensatz zum Hauptsacheverfahren bei Anwendung der Rechtsnorm durch einen Vollzugsakt, die Antragsberechtigung anders zu beurteilen.²⁾

¹ Finkelnburg, 2. Aufl., Rdnr. 307; Schenke, DVBl. 1979, S. 171; OVG Münster, BRS 32, Nr. 19; BRS 32, Nr. 26; Bad.-Württ.VGH, NJW 1977, S. 1212

² Achterberg, VerwArch 1981, S. 184, der zudem noch auf die Gefahr der Vermengung von Normenkontrolle und Anfechtungsklage sowie auf die Möglichkeit von Folgeakten hinweist.

Eine derartige einschränkende Interpretation ist dem § 47 VwGO nicht zu entnehmen.

Im übrigen würde auch hier die Gefahr bestehen, die materielle Voraussetzung des "dringenden Gebotenseins" mit dem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis zu verquicken.¹⁾

b) Antragsgegner

Umstritten ist dagegen, wer im einstweiligen Anordnungsverfahren Antragsgegner ist.

Unmittelbar nach dem Inkrafttreten des neugefaßten § 47 VwGO hat der Baden-Württembergische Verwaltungsgerichtshof²⁾ entschieden, daß im Verfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO - anders als gem. § 47 Abs. 2 Satz 2 VwGO - jeder Hoheitsträger als Antragsgegner in Betracht kommt, der die angegriffene Norm anzuwenden hat. Dem hat sich weitgehend die Literatur angeschlossen.³⁾ Im wesentlichen wird dies mit dem Zweck des § 47 Abs. 7 VwGO begründet, nämlich die Anwendung der umstrittenen Rechtsnorm bis zur Entscheidung über deren Gültigkeit zu unterbinden.⁴⁾ Wie schwer diesem Argument beizukommen ist, zeigen die Versuche derjenigen, die dieser Auffassung entgegentreten. Unter Ablehnung einer Beiladung wird als richtiger Antragsgegner im Verfahren des § 47 Abs. 7 VwGO nur die juristische Person des öffentlichen Rechts angesehen, die die Rechtsvorschrift

¹ Zuck, DÖV 1977, S. 851 scheint in diesen Fehler zu verfallen: "Es ist dann lediglich eine Frage des Rechtsschutzinteresses oder des (dringenden) Gebotenseins, ob eine einstweilige Anordnung zu erlassen ist."

² NJW 1977, S. 1212

³ Zuck, a.a.O., S. 852 (FN 44 a.E.); Tschira/Schmitt Glaeser, S. 257 FN 35; Finkelnburg, 2 Aufl., Rdnr. 307

⁴ vgl. NJW 1977, S. 1212

erlassen hat; im übrigen wird in Anlehnung an § 32 BVerfGG hinsichtlich der die Norm vollziehenden Personen der Weg über den "Sachverhaltsbeteiligten" gewählt.¹⁾ Es liegt auf der Hand, daß dieser umständliche Versuch das vorgenannte Argument nicht aus den Angeln heben kann.

Gleichwohl findet sich eine praktikable Lösung, die einerseits dem Sinn und Zweck des Verfahrens gem. § 47 Abs. 7 VwGO, andererseits aber auch dem engen Zusammenhang zwischen dem Hauptsacheverfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle und dem einstweiligen Anordnungsverfahren und damit dem Wortlaut des § 47 VwGO gerecht wird. Sie besteht darin, daß auch im Verfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO ausschließlich die Organisation Antragsgegner ist, welcher der Normgeber angehört. Nicht über § 47 Abs. 2 Satz 3 VwGO,²⁾ sondern über die Beiladung der für den Vollzug zuständigen Hoheitsträger wird erreicht, daß die Anwendung der Norm einstweilen unterbleibt.³⁾

¹ Bickel, NJW 1977, S. 1934/35, übernommen von Schenke, DVBl. 1979, S. 171/172

² Darauf weist Schenke, DVBl. 1979, S. 172 zu Recht hin.

³ Als einziger in der Literatur hat bislang Achterberg, VerwArch 1981, S. 174/175 diesen Weg beschritten. Damit wird erneut die praktische Bedeutung der Beiladung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren deutlich.

3. Die in § 47 Abs. 7 VwGO normierten materiellen Voraussetzungen

Gem. § 47 Abs. 7 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist. Angesichts dieses neuen Instituts im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle stellt sich sogleich die Frage, ob zur Bestimmung der materiellen Voraussetzungen auf die Erkenntnisse bei anderen einstweiligen Anordnungsverfahren zurückgegriffen werden kann.

a) Die Heranziehung des § 32 BVerfGG

Die Frage der Heranziehung der zu § 32 BVerfGG entwickelten Grundsätze hat der Gesetzgeber in den amtlichen Begründungen bereits vorgegeben, wo es ausdrücklich heißt, daß sich die Formulierung in § 47 Abs. 7 VwGO eng an § 32 BVerfGG anlehne.¹⁾ Erwartungsgemäß wurde sodann unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts § 47 Abs. 7 VwGO im Lichte des § 32 BVerfGG ausgelegt.²⁾ Diese Auslegung läßt jedoch unbeachtet, daß § 32 BVerfGG gegenüber § 47 Abs. 7 VwGO deutliche Unterschiede aufweist.³⁾

¹ vgl. BT-Drucks. 7/4324, S. 12

² Bad.-Württ.VGH, NJW 1977, S. 1212; OVG Lüneburg DVBl. 1979, S. 194; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 257; Rasch, BauR 1977, S. 151; Kopp, NJW 1976, S. 1965; ders., § 47 Rdnr. 76; Schunck/De Clerck § 47 Anm. 8 a; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, 4. Aufl., S. 91; wohl auch Bickel, NJW 1977, S. 1934

³ Sie sind bei Zuck, DÖV 1977, S. 849 ausführlich dargestellt.

Gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grunde zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

Als besondere abweichende Einschränkung sticht die Formulierung "zum gemeinen Wohl" hervor. Ungeachtet der Frage, ob sich diese Klausel auf alle Tatbestandsalternativen des § 32 BVerfGG bezieht,¹⁾ würde ihre unbedingte Übertragung auf § 47 Abs. 7 VwGO die dortige einstweilige Anordnung in hohem Maße einschränken, da schwerer und individueller Nachteil und gemeinwohlrelevanter Nachteil meist auseinanderfallen.²⁾

¹ vgl. dazu die Nachweise bei Schenke, DVBl. 1979, S. 172 FN 36, 37. Es spricht einiges dafür, die Klausel auf alle Tatbestandsmerkmale zu erstrecken.

² vgl. Schenke, a.a.O.; insbesondere Zuck, DÖV 1977, S. 849. Die unter FN 13 zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zeigt die Unterschiede deutlich auf: Der Erlaß einer einstweiligen Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren wäre im Gegensatz zum verfassungsgerichtlichen Verfahren der Fall gewesen. Das Auseinanderfallen von individual- und gemeinwohlbezogenem Nachteil verdeutlicht der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 5.2.1981, JZ 1981, S. 187 sowie die dazu mitgeteilte abweichende Meinung des Richters Hirsch, JZ 1981, S. 187 ff. Während das Bundesverfassungsgericht in den Gründen auf das gemeine Wohl abstellt, versucht dagegen der Richter Hirsch seine abweichende Meinung ausschließlich mit dem individualbezogenen Nachteil zu begründen.

Die unterschiedliche Bezogenheit des schweren Nachteils erklärt sich aus der Verschiedenheit beider Verfahren. Der gemeinwohlbezogene Nachteil findet aufgrund der Tragweite des bundesverfassungsgerichtlichen Verfahrens als ultima ratio seine Berechtigung, die im Anordnungsverfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nicht erkennbar ist. In aller Regel sind die dort zur Überprüfung stehenden Rechtsnormen angesichts ihres örtlich begrenzten Wirkungskreises auf einen wesentlich kleineren Personenkreis zugeschnitten. Dementsprechend ist es auch folgerichtig, lediglich einen schweren individuellen Nachteil zu verlangen. Eine differenzierende Betrachtung ist auch deshalb angezeigt, weil erfahrungsgemäß zwischen der Entscheidung im einstweiligen Anordnungsverfahren und dem Hauptsacheverfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle ein geringerer Zeitraum liegt als im bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren.¹⁾ Die Ursache liegt in der erheblichen Überlastung des Bundesverfassungsgerichts und in der Tatsache begründet, daß das Oberverwaltungsgericht aufgrund seiner "Orts- und Sachnähe" zu einer schnelleren Entscheidung kommt.

Im übrigen wird die diesbezügliche stärkere Belastung des Bundesverfassungsgerichts dadurch erkennbar, daß - und hier zeigt sich eine weitere Unterscheidung beider Anordnungsverfahren - gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG die einstweilige Anordnung nicht nur auf Antrag, sondern auch von Amts wegen getroffen werden kann.

¹⁾ Hier zeigt sich ein Indiz, für die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen ein anhängiges Hauptsacheverfahren zu verlangen, anderenfalls müßten die materiellen Voraussetzungen einengender sein. vgl. im übrigen S. 234 ff.

Neben den bereits genannten Unterschieden ist schließlich noch auf die in § 32 Abs. 1 BVerfGG zusätzliche Alternative der "Verhinderung drohender Gewalt" hinzuweisen. Sie dürfte in § 47 Abs. 7 VwGO unter "die anderen wichtigen Gründe" fallen.

Die bestehenden Unterschiede beider Vorschriften zeigen, daß eine Übertragung der im Rahmen des § 32 Abs. 1 BVerfGG gewonnenen Grundsätze nicht ohne weiteres auf das Verfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO übertragen werden kann. Was letztlich als Parallele herangezogen werden kann, bleibt noch festzustellen.

b) Die Heranziehung des § 123 VwGO

Nach einhelliger Meinung scheidet eine Heranziehung des § 123 VwGO im verwaltungsgerichtlichen Anordnungsverfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen aus. Gem. § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

Wie bereits erwähnt,¹⁾ hat der Gesetzgeber in § 47 Abs. 7 VwGO bewußt auf einen Verweis auf § 123 VwGO

¹ vgl. S. 237

verzichtet und das einstweilige Anordnungsverfahren somit abschließend geregelt. Dennoch wird in der Literatur vertreten, daß die Verfahrensgrundsätze nach § 123 VwGO auch im Verfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO anzuwenden seien.¹⁾ Solches ist vom Standpunkt einiger Vertreter dieser Auffassung verwunderlich, da sie doch - mit Recht - davon ausgehen, daß es sich bei § 47 Abs. 7 VwGO um ein eigenständiges abgeschlossenes Anordnungsverfahren handelt.²⁾ Der bewußte Verzicht auf eine Verweisung und auch die bereits dargestellten wesensmäßigen Unterschiede zwischen beiden Anordnungsverfahren³⁾ schließen daher eine entsprechende Anwendung der Abs. 3 und 4 des § 123 VwGO aus.⁴⁾ Dagegen wird - wie bereits eingangs angedeutet - die an dieser Stelle interessierende Frage der Heranziehung der Grundsätze des § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO bezüglich der materiellen Voraussetzungen einmütig abgelehnt.⁵⁾ Die bei § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO geforderten materiellen Voraussetzungen sind weitaus niedriger angesetzt. So kommt dort eine einstweilige Anordnung schon dann in Betracht, wenn die Regelung "nötig erscheint", und als Anordnungskriterium reicht bereits ein "wesentlicher Nachteil". Angesichts dieser erheblichen Unterschiede erübrigt sich eine weitere Erörterung.

¹⁾ vgl. Kopp, § 47 Rdnr. 77; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 258; Schunck/De Clerck § 47 Anm. 8 c; Meyer-Ladewig, BBauBl. 1977, S. 218; Rasch, BauR 1977, S. 151, wohl auch Finkelburg, 2. Aufl., Rdnr. 313

²⁾ z. B. Finkelburg, a.a.O., Rdnr. 304

³⁾ vgl. S. 244 ff.

⁴⁾ so auch Zuck, DÖV 1977, S. 850, wobei allerdings der Weg über § 173 VwGO - a.a.O., S. 852 - nicht nachvollzogen werden kann. vgl. im übrigen S. 239

⁵⁾ vgl. Schenke, DVBl. 1979, S. 172; Finkelburg, 2. Aufl., Rdnr. 304; Zuck, DÖV 1977, S. 849/850; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 257

c) Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des
§ 47 Abs. 7 VwGO-----

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß zur Auslegung der materiellen Tatbestandsmerkmale des § 47 Abs. 7 VwGO die Bestimmung des § 123 Abs. 1 VwGO überhaupt keine und die des § 32 Abs. 1 BVerfGG allenfalls eine begrenzte Auslegungshilfe bieten kann. Insoweit sind die in § 47 Abs. 7 VwGO normierten materiellen Voraussetzungen zunächst selbständig zu bestimmen. Dabei wird sich die Auslegung auf die Fragen zu konzentrieren haben, wann ein "schwerer Nachteil" anzunehmen und was unter "dringend geboten" zu verstehen ist.

Der schwere Nachteil gem. § 47 Abs. 7 VwGO nimmt von seinem Inhalt her eine Mittelposition zwischen den in § 32 BVerfGG und § 123 VwGO genannten Nachteilen ein. Daher ist die Feststellung erlaubt, daß in aller Regel ein schwerer Nachteil im Sinne des § 47 Abs. 7 VwGO vorliegt, wenn dieser gemeinwohlrelevant ist.¹⁾ Problematisch wird die Bestimmung des schweren Nachteils dann, wenn dieser im "Mittelbereich" liegt, also weniger als der gemeinwohlbezogene schwere Nachteil im Sinne des § 32 BVerfGG, aber mehr als der wesentliche Nachteil im Sinne des § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO. Dabei

¹ Dies zeigt die bei Zuck, DÖV 1977, S. 849 FN 13 angegebene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Die Feststellung Zucks, a.a.O., S. 849/850 kann nicht so verstanden werden, daß der individuelle Nachteil gegenüber dem gemeinwohlbezogenen Nachteil ein aliud sei; er ist ein minus. Ähnlich Finkelnburg, 2. Aufl., Rdnr. 305 a.E.

wird sich derjenige enttäuscht sehen, der eine abstrakte Definition erwartet. Dies wird ohnehin schon deshalb nicht möglich sein, weil der schwere Nachteil im Sinne des § 47 Abs. 7 VwGO individualbezogen ist und daher von Fall zu Fall neu zu bestimmen ist. Insoweit kann es auch nur Aufgabe sein, einen gewissen Rahmen aufzuzeigen. Allerdings ist davor zu warnen, daß die Bestimmung des schweren Nachteils - wie schon beim Nachteil gem. § 47 Abs. 2 Satz 1¹⁾ - durch die Prägung neuer Begriffe ersetzt wird.²⁾ An dieser Stelle ist auf die mögliche Parallelität zu § 32 BVerfGG zurückzukommen. Die gegebene Empfehlung, bei der einstweiligen Anordnung gem. § 47 Abs. 7 VwGO gleichfalls einen strengen Maßstab anzulegen,³⁾ bringt nicht viel. Daß dies bei

¹ vgl. S. 183/184

² So spricht der HessVGH, BRS 32 (1977), S. 61 Nr. 24 davon, daß ein schwerer Nachteil dann vorliegt, wenn in ganz besonderem Maße die rechtlich geschützten Interessen des Antragstellers beeinträchtigt werden. Der BayVGH, DVBl. 1978, S. 114 stellt auf das Vorliegen besonders schwerwiegender Nachteile ab. Andere Definitionen ließen sich beliebig nennen.

³ vgl. BayVGH, a.a.O.; Schenke, DVBl. 1979, S. 172

allen einstweiligen Anordnungen zu gelten hat, liegt auf der Hand, denn ihnen ist es naturgemäß zu eigen, daß sie zeitweise die Hauptsachentscheidung vorwegnehmen oder ihr zuwiderlaufen. Zwar werden die weitreichenden Folgen einer einstweiligen Anordnung bei normativen Regelungen nicht verkannt, doch muß der Grad des strengen Maßstabes bei § 47 Abs. 7 VwGO geringer angesetzt werden.¹⁾ Denn dem Antragsteller kann angesichts der fehlenden Gemeinwohlgebundenheit nicht zugemutet werden, seine existenziellen Belange aufs Spiel zu setzen, wobei - wie bereits beim lediglichen Nachteil gem. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO - auch anderen als wirtschaftlichen Gründen ein Gewicht beikommen kann.²⁾ Dagegen ist die vom Bundesverfassungsgericht im Rahmen des § 32 Abs. 1 BVerfGG entwickelte Interessenabwägung, die bereits von einigen Obergerwaltungsgerichten übernommen wurde,³⁾ eine Ent-

¹ In einer neueren Entscheidung, Beschluß v. 5.2.1981, JZ 1981, S. 187 spricht das Bundesverfassungsgericht gar von einer äußersten Zurückhaltung.

² Darauf weist Zuck, DÖV 1977, S. 851 zu Recht hin. Allerdings kann ihm nicht darin gefolgt werden, daß der "schwere Nachteil nicht am Nachteilsbegriff des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO hängt". Den weitreichenden Konsequenzen einer einstweiligen Anordnung im Normenkontrollverfahren hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, daß er das Vorliegen eines Nachteils fordert, der schwerwiegender sein muß, als der in jedem Normenkontrollverfahren ohnehin erforderliche Nachteil. vgl. HessVGh, BBS 32 (1977), S. 61 Nr. 24

³ vgl. BayVGh, DVBl. 1978, S. 114; Bad.-Württ.VGh, NJW 1977, S. 1212; OVG Lüneburg, DVBl. 1979, S. 195

scheidungshilfe, auch in dem einstweiligen Anordnungsverfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO den schweren Nachteil zu bestimmen und ferner dazu, ob zu dessen Abwehr der Erlass einer einstweiligen Anordnung dringend geboten ist.

Grundsätzlich bleiben die die Rechtswidrigkeit der Norm betreffenden Gründe für den Abwägungsprozeß außer Betracht. Nicht eindeutig ist allerdings in Rechtsprechung und Literatur, wie zu verfahren ist, wenn die angegriffene Rechtsnorm offensichtlich gültig oder offensichtlich ungültig ist.

So wird vertreten, daß es dann nicht mehr zu einem Abwägungsvorgang komme.¹⁾

Nach anderer Auffassung soll dies mit in den Abwägungsvorgang einfließen.²⁾

Weder der einen noch der anderen Auffassung kann voll zugestimmt werden. Vielmehr ist eine differenzierende Betrachtung vorzunehmen. Es ist nicht einzusehen, warum der Abwägungsvorgang noch stattfinden soll, wenn die Normenkontrolle offensichtlich nicht zum Erfolg führt. Dann kann die einstweilige Anordnung eben nicht dringend geboten sein, so daß es dahingestellt bleiben kann, ob ein schwerer Nachteil vorliegt. Anders verhält es sich dagegen bei der offensichtlichen Begründetheit der Normenkontrolle. Eine Lösung läßt sich nicht dadurch herbeiführen, daß man hier den Erlass einer einstweiligen Anordnung für geboten ansehen muß,

¹ Bad.-Württ.VGH, NJW 1977, S. 1212; auch OVG Lüneburg, DVBl. 1979, S. 195; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 258; etwas unklar Zuck, DÖV 1977, S. 850

² vgl. Schenke, DVBl. 1979, S. 173

weil an dem Vollzug einer offensichtlich ungültigen Norm kein Interesse besteht.¹⁾ Ungeachtet des klaren Wortlautes des § 47 Abs. 7 VwGO, der dem Oberverwaltungsgericht ein Ermessen einräumt,²⁾ ist damit noch nicht die materielle Voraussetzung des schweren Nachteils nachgewiesen. Aus diesem Grunde hat bei der offensichtlichen Begründetheit eine Interessenabwägung stattzufinden, die im wesentlichen von zeitlichen Punkten geprägt sein muß. Sie muß von dem Gedanken getragen sein, ob es für den Kläger unter Berücksichtigung normaler Terminierung des Hauptsacheverfahrens bei entsprechender Dauer unzumutbar ist, daß weiterhin eine offensichtlich ungültige Norm vollzogen wird und sich insoweit der Nachteil zu einem schweren verdichtet.³⁾

In den übrigen Fällen, also bei offener Rechtslage, ist zur Bestimmung des schweren Nachteils die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte und in der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte⁴⁾

¹ so Schenke, DVBl. 1979, S. 173

² insoweit zutreffend Zuck, DÖV 1977, S. 850

³ Für den Antragsteller besteht indes die Gefahr, daß das Oberverwaltungsgericht die Hauptsache vorzieht und den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung ablehnt, was zur Kostentragungspflicht des Antragstellers führen würde. Aus diesem Grunde ist oben gefordert worden, die normale Terminierung - nach Eingangsdaten - zugrunde zu legen.

⁴ vgl. BayVGh, DVBl. 1978, S. 114; Bad.-Württ.VGh, NJW 1977, S. 1212, OVG Lüneburg, DVBl. 1979, S. 195

bereits vorherrschende Interessenabwägung vorzunehmen.

Fiktiv ist danach zu fragen, welche Folgen eintreten, wenn die Norm nichtig wäre und die einstweilige Anordnung unterbliebe, und was die Folge wäre, wenn die Anordnung erginge, die Norm sich aber als rechtmäßig erweisen sollte. Die neueren Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte zeigen, daß sich in concreto das Ergebnis schnell finden läßt. Exemplarisch ist der Beschluß des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 12.8.1977¹⁾ zu nennen, dem der Sachverhalt zugrundelag, daß die Antragsteller die Rechtsgültigkeit einer wasserrechtlichen Verordnung über die Ausübung des Gemeingebrauchs an einem See bestreiten und begehren, den Vollzug der Verordnung auszusetzen. Der Verwaltungsgerichtshof nimmt folgende Interessenabwägung vor:

"Wenn die einstweilige Anordnung erlassen würde, die Verordnung des Landratsamtes aber rechtlich unbedenklich wäre, hätte das bis zur Hauptsache-Entscheidung die dann zu unterstellende Gefährdung der Badenden durch die Boote zur Folge. Es liegt im erheblichen öffentlichen Interesse, diese - von der Verordnung unterstellte - Gefährdung der Gesundheit und sogar des Lebens eines unbestimmten Personenkreises zu verhindern. Wenn sich demgegenüber die Verordnung als rechtswidrig erweisen würde, die Anordnung jedoch unterbliebe, würden die Antragsteller ihre Boote auf dem K.-See nicht benutzen dürfen. Diese zeitweise Einschränkung kann keinesfalls als schwerer Nachteil im beschriebenen Sinne angesehen werden. Die Substanz des Eigentums bleibt ungeschmälert. Die Nutzungsmöglichkeiten werden nicht ganz oder auf Dauer, sondern nur zum Teil und auf Zeit eingeschränkt. Das Segeln auf dem K.-See ist nur ein Ausschnitt aus den vielfältigen Möglichkeiten, die Freizeit zu gestalten und Sport zu treiben. Hierin mögen im Einzelfall gewisse Erschwernisse und Unbe-

¹ DVBl. 1978, S. 113 ff.

quemlichkeiten liegen; um unzumutbare und schwerwiegende Nachteile handelt es sich aber nicht. Die hinnehmbaren Beeinträchtigungen werden von den möglichen Gefahren für Gesundheit und Leben im Falle des Erlasses einer Anordnung bei weitem überwogen."

Die "anderen wichtigen Gründe" müssen in ihrer individuell belastenden Wirkung den schweren Nachteilen entsprechen.¹⁾ Ein anderer wichtiger Grund im Sinne des § 47 Abs. 7 VwGO liegt nur dann vor, wenn die Gefahr der Schaffung vollendeter Tatsachen und die damit verbundene Festschreibung so gestalteter Verhältnisse besteht.²⁾

Der vorzunehmende Abwägungsprozeß erstreckt sich auch auf das Tatbestandsmerkmal "dringend geboten".³⁾ In diesem Zusammenhang wird überwiegend vertreten, daß die einstweilige Anordnung dann nicht dringend geboten sei, wenn in ausreichender Weise, etwa durch Anfechtung des aufgrund der zur Normenkontrolle gestellten Rechtsvorschrift erlassenen Vollzugsaktes, Rechtsschutz erlangt werden könne.⁴⁾

¹ vgl. Finkelnburg, 2. Aufl., Rdnr. 305; Zuck, DÖV 1977, S. 852

² OVG Münster NJW 1980, S. 1014

³ vgl. Zuck, DÖV 1977, S. 850; Schenke, DVBl. 1979, S. 172
Wie weit die eingangs kritisierte unbedingte Übertragung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu § 32 BVerfGG gehen kann, zeigt die Kommentierung bei Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 39. Danach "muß das Gericht bei der Frage, ob eine einstweilige Anordnung dringend geboten ist, eine Abwägung aller in Betracht kommenden Interessen unter Einschluß des gemeinen Wohls vornehmen".

⁴ vgl. Bad.-Württ.VGH, NJW 1977, S. 1212, OVG Münster BRS 32 (1977), S. 63 Nr. 26; DVBl. 1979, S. 192; NJW 1980, S. 1014; BayVGH, BayVBl. 1976, S. 725; Kopp, § 47 Rdnr. 76; Finkelnburg, 2. Aufl., Rdnr. 305; alle in Bezug auf § 80 VwGO

Gleichwohl sind gegen diese Auffassungen Bedenken angezeigt.¹⁾

Zunächst sind von vornherein die Fälle auszuscheiden, in denen der Antragsteller gegen den Vollzugsakt noch in keiner Weise vorgegangen ist. Die Verweisung auf andere verwaltungsgerichtliche Rechtsbehelfe bringt bereits eine zeitliche Verzögerung mit sich, die möglicherweise den Rechtsschutz des Antragstellers abschneiden könnte. Im übrigen wäre es der Prozeßökonomie widersprechend, wenn man vom Antragsteller erwarten wollte, ein weiteres Verfahren bei einem anderen Gericht einzuleiten.

Für alle anderen Fälle ist zu bedenken, daß der Antragsteller im einstweiligen Anordnungsverfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO mehr erreichen kann, als in den entsprechenden Anordnungsverfahren gem. §§ 80, 123 VwGO. Wie noch zu zeigen sein wird, führt das Anordnungsverfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO nicht nur zu einer Individualaussetzung. Mit der Forderung, daß eine einstweilige Anordnung gem. § 47 Abs. 7 VwGO erst zulässig ist, wenn das Hauptsacheverfahren anhängig gemacht worden ist,²⁾ wird deutlich, daß sich das gerichtliche Verfahren in einem weiteren Fortgang befindet, als die Verfahren gem. §§ 80, 123 VwGO. Dann ist es auch gerechtfertigt, daß das Gericht der Hauptsache über den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung entscheidet.

¹ Sie finden sich zum Teil schon bei Schenke, DVBl. 1979, S. 174

² vgl. S. 234 ff.

4. Die Wirkung der stattgebenden Entscheidung im einstweiligen Anordnungsverfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO

Von besonderer praktischer Bedeutung ist schließlich noch die Frage, ob die stattgebende Entscheidung im einstweiligen Anordnungsverfahren gem. § 47 Abs. 7 VwGO inter-omnes oder lediglich inter-partes wirkt. Diese Frage war bereits vor der Neufassung des § 47 VwGO unter den Befürwortern eines einstweiligen Anordnungsverfahrens umstritten.

a) Meinungsstand:

Ausgehend von dem Rechtsschutzcharakter des Normenkontrollverfahrens wurde teilweise lediglich eine inter-partes-Wirkung, also die individuelle Aussetzung des Vollzugs der Norm gegenüber dem Antragsteller angenommen.¹⁾

Die Gegenansicht stellt auf Wesen und Charakter des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens ab und kommt zu einer generellen Vollzugsaussetzung der Norm.²⁾

Zwischen beiden Ansichten hält sich die Auffassung, die sowohl eine individuelle als auch eine generelle Aussetzung für möglich erachtet.³⁾

1 vgl. Quaritsch, VerwArch 51 (1960), S. 365; Grundmann, DÖV 1960, S. 685; Klotz, DÖV 1966, S. 189; von Engelhardt, S. 220 ff.; Finkelnburg, 1. Aufl., S. 88

2 vgl. Obermayer, Gedächtnisschrift für Hans Peters, S. 889; von Kupsch, S. 221 ff.

3 Schenke, DVBl. 1979, S. 178

Dieser Meinungsstand ist auch nach der Neufassung des § 47 VwGO noch aktuell.¹⁾

b) Stellungnahme:

Zu folgen ist der Ansicht, die für eine generelle Wirkung der Vollzugsaussetzung eintritt. Sie allein wird dem Rechtsschutz- und Beanstandungszweck der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gerecht. Die die Individualaussetzung befürwortende Meinung läuft bereits Gefahr, allein auf den Rechtsschutzcharakter und den antragstellenden Bürger abzustellen. Daraus müßte man folgern, daß zumindest bei einer antragstellenden Behörde eine generelle Aussetzung in Betracht zu ziehen sei. Dies würde wiederum zu einer Aufspaltung des Verfahrens führen, was dem der Prozeßordnung zugrundeliegenden Gedanken der Einheitlichkeit des Verfahrens entgegenstehen würde.

Gleichfalls lassen sich gegen die Mittelmeinung gewichtige Argumente anführen. Diese Ansicht stößt in der Praxis zunächst auf die zusätzliche Schwierigkeit, in welchen Fällen eine generelle oder nur

¹ Für eine individuelle Aussetzung nach der Neufassung: Finkelnburg, 2. Aufl., RdNr. 309; ob die Entscheidung des Bad.-Württ.VGH, NJW 1977, S. 1212 für eine individuelle Aussetzung spricht, wie Schenke, DVBl. 1979, S. 175 FN 70 meint, ist zweifelhaft, denn selbst wenn der für den Vollzug zuständige Hoheitsträger Antragsgegner ist, stellt sich die Frage der Wirkung in bezug auf andere Adressaten der Norm; für eine generelle Aussetzung nach der Neufassung: Achterberg, VerwArch 1981, S. 184, Kopp, NJW 1976, S. 1965; ders., § 47 RdNr. 77; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 258; Rasch, BauR 1977, S. 151

Mittelmeinung nach der Neufassung: Bickel, NJW 1977, S. 1934; Zuck, DÖV 1977, S. 852; Pestalozza, NJW 1978, S. 1787; Schenke, DVBl. 1979, S. 175 ff. Schunck/De Clerck § 47 Anm. 8 b

eine individuelle Aussetzung zu erwägen ist. Keineswegs ist eine Lösung in der Weise zu suchen, daß eine generelle Aussetzung der Norm indiziert sei, wenn eine Behörde im Sinne des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO das einstweilige Anordnungsverfahren betreibt.¹⁾

Dies könnte wiederum zu einer Aufsplitterung des Verfahrens führen. Ebenso ist der Versuch abzulehnen, im Wege einer Bedürfnisprüfung oder eines Abwägungsprozesses, je nach dem Schweregrad der Wirkung der Norm in bezug auf den Antragsteller, zu einer Entscheidung zu kommen.²⁾ Dabei wird nämlich der Fehler gemacht, die materiellen Voraussetzungen des § 47 Abs. 7 VwGO nunmehr erneut einzubeziehen, wobei ihnen dieses Mal durchaus eine andere Bedeutung zukommen kann. Demnach kann die Wirkung der stattgebenden Entscheidung im einstweiligen Anordnungsverfahren nur in die eine oder andere Richtung weisen, so daß die Mittelmeinung ausscheidet.

Sprechen schon die obigen Ausführungen für die generelle Wirkung der stattgebenden Entscheidung im einstweiligen Anordnungsverfahren, so ist diese Auffassung durch weitere Gesichtspunkte zu untermauern. Mangels entgegenstehender Regelungen in § 47 Abs. 7 VwGO gelten, wie auch schon bei der Antragsbefugnis sowie beim allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis, gleichfalls bei der Wirkung der Entscheidung im einstweiligen Anordnungsverfahren die Grundsätze des Hauptsachever-

¹ so Schenke, DVBl. 1979, S. 178

² vgl. Grunsky, JuS 1977, S. 222; Schenke, DVBl. 1979, S. 177; Schunck/De Clerck § 47 Anm. 8 b

fahrens. Gem. § 47 Abs. 6 Satz 2 VwGO ist die Entscheidung allgemeinverbindlich, wenn das Oberverwaltungsgericht zu der Überzeugung kommt, daß die Rechtsvorschrift ungültig ist. Da das einstweilige Verfahren nicht anders beurteilt werden kann als das Hauptsacheverfahren, ergibt sich auch hier, daß der stattgebenden Entscheidung gem. § 47 Abs. 7 VwGO allgemeinverbindliche Wirkung zukommt. Dies muß umso mehr gelten, als es sich hier nur um eine einstweilige Entscheidung handelt.

Ganz besonders deutlich zeigt sich die "Gemeinschaft" beider Verfahren in den Fällen offensichtlicher Begründetheit des Normenkontrollantrages. Hier ist das Gericht bereits im Rahmen des summarischen Verfahrens von der Ungültigkeit der Rechtsvorschrift überzeugt. Insoweit ist auch kein sachlicher Grund dafür zu erkennen, daß die Wirkung der Entscheidung unterschiedlich beurteilt werden soll, zumal die Entscheidung im Hauptsacheverfahren wie im einstweiligen Anordnungsverfahren ohne mündliche Verhandlung per Beschluß ergehen kann.

Entspricht es u.a. dem Sinn und Zweck des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens, möglichst vielen Einzelprozessen vorzubeugen, so trägt die allgemeine Wirkung der stattgebenden Anordnungsentscheidung mit zu dieser Zielvorstellung bei. Bei der offensichtlichen Begründetheit des Normenkontrollantrages liegt dies auf der Hand und bedarf keiner weiteren Erörterung.

Gleichermaßen gilt dies für die Fälle, in denen die Rechtslage offen ist. Denn zum einen erfaßt die Rechtsvorschrift eine Vielzahl gleichgelagerter Sachverhalte, anderenfalls wäre eine Einzelfallregelung zu treffen. Aus der Gleichlagerung folgt bereits, daß weitere Prozesse vorprogrammiert sind.

Zum anderen ist die stattgebende Entscheidung gem. § 47 Abs. 7 VwGO das Resultat des Abwägungsprozesses, der den schweren Nachteil herausgearbeitet hat. Liegt ein solcher aber in einem Einzelfall vor, so besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß ein lediglicher Nachteil in anderen Fällen vorliegt und zur Einleitung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle führt. Allein die generelle Wirkung aber führt zu der prozeßökonomischen Zielsetzung, denn sie läßt weitere Verfahren daran scheitern, daß es an der Antragsberechtigung, zumindest aber am allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis fehlen wird.

Im übrigen widerspricht eine individuelle Wirkung dem Wesen und Charakter einer Rechtsnorm. Diese wendet sich an einen unbestimmten Personenkreis. Dies gilt im positiven wie auch im negativen Sinne. Dem wird dann auch die generelle Aussetzung im einstweiligen Anordnungsverfahren gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG gerecht.¹⁾ Da es hier nicht um die materiellen Voraussetzungen der einstweiligen Anordnung geht, sondern lediglich um die Verwandtschaft einstweiliger Anordnungen in prinzipialen Normenkontrollverfahren, ist der Hinweis auf § 32 BVerfGG in den amtlichen Begründungen²⁾ zu § 47 VwGO dahingehend zu verstehen, ebenfalls von einer generellen Wirkung auszugehen.

Schließlich zeigt ein Blick auf die Praxis, daß die gegen die generelle Wirkung der stattgebenden

¹ vgl. Leibholz/Rupprecht, § 32 BVerfGG Rdnr. 15

² BT-Drucks. 7/4324, S. 12

Entscheidung im einstweiligen Anordnungsverfahren vorgetragenen Bedenken unbegründet sind.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß selbst eine lediglich individuelle Wirkung in der Praxis dazu führen wird, von einer Anwendung der Rechtsvorschrift einstweilen abzusehen. Der Normenanwender wird schon aus rationalen Gründen, vorwiegend finanzieller Art, die stattgebende Entscheidung nicht unbeachtet lassen.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in § 47 Abs. 7 VwGO weitaus strengere Anforderungen gestellt, als dies gem. § 123 VwGO der Fall ist. Von daher werden also positive Entscheidungen nicht in dem Maße zu erwarten sein, wie dies in den Verfahren gem. §§ 80, 123 VwGO vorkommt. Die engeren Voraussetzungen wären auch nicht erklärlich, wenn der Antragsteller auf diesem Wege nicht mehr erreichen könnte.

Soweit die Befürchtungen geäußert werden, mit der generellen Aussetzung werde die Entscheidung in der Hauptsache vorweggenommen,¹⁾ ist dies gerade im Normenkontrollverfahren kaum vorstellbar; denn dies könnte nur dann gegeben sein, wenn die Geltung der angegriffenen Rechtsvorschrift lediglich auf einen kurzen Zeitraum gerichtet ist. Abgesehen davon, daß eine solch knapp bemessene Geltungsdauer höchst selten ist, wird das Oberverwaltungsgericht diese Tatsache auch im Rahmen des Abwägungsprozesses berücksichtigen.

¹ vgl. Bergmann, VerwArch 51 (1960), S. 59

5. Der Suspensiveffekt im einstweiligen Anordnungsverfahren

In die Kategorie des vorläufigen Rechtsschutzes fällt auch der grundsätzliche Suspensiveffekt von Rechtsmitteln.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit besteht die einhellige Ansicht, den Suspensiveffekt gem. § 80 Abs. 1 VwGO nicht auf die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle zu erstrecken.¹⁾ An dieser Einmütigkeit hat sich auch nach der Neufassung des § 47 VwGO nichts geändert, denn nach wie vor gilt, daß das Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO in § 80 VwGO nicht erwähnt ist. Eine analoge Anwendung des § 80 Abs. 1 VwGO scheitert bereits daran, daß das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren mit dem dem § 80 Abs. 1 VwGO zugrundeliegenden reinen Rechtsschutzverfahren nicht vergleichbar ist. Überdies würde ein Suspensiveffekt in der Praxis verheerende Wirkungen bescheren. Man denke nur daran, daß bei einem anhängigen Normenkontrollverfahren zur Überprüfung eines Bebauungsplanes keine Baugenehmigung mehr erteilt werden könnte sowie die weitere städtebauliche Entwicklung zum Stillstand verurteilt wäre, insbesondere, wenn angesichts der fehlenden Antragsfrist die Überprüfung "tröpfchenweise" beantragt würde. Ein anderes Bei-

¹ vgl. Nachweise bei Zuck, DÖV 1977, S. 848 FN 1

spiel zeigt sich in der Beanstandung einer Prüfungsordnung, was zur Folge hätte, daß nunmehr keine Prüfungen stattfinden könnten. Es liegt auf der Hand, daß der Suspensiveffekt nicht im Interesse der Allgemeinheit liegen kann.

6. Ergebnis:

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, daß durch § 47 Abs. 7 VwGO neue Fragen entstanden sind, die sich aber nicht als unlösbare Probleme in den Weg stellen.

IX. Die durch die Neufassung des § 47 VwGO neu
entstandenen Probleme-----

Die bisherigen Ausführungen haben deutlich gemacht, daß die Neufassung zu einer Beilegung einiger Streitfragen geführt hat. Sie haben aber auch schon gezeigt, daß die Neufassung andere Probleme geboren hat.¹⁾

Abschließend soll auf die weiteren Fragen eingegangen werden, die angesichts der umfangreichen Novellierung des § 47 VwGO vorgegeben waren.

1. Die Aussetzung des Normenkontrollverfahrens
gem. § 47 Abs. 4 VwGO

Erstaunlicherweise ist - soweit ersichtlich - die Frage der Aussetzung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens bei anhängigem verfassungsgerichtlichen Verfahren in der Vergangenheit nicht diskutiert worden. Dies mag seine Ursache in zwei Punkten haben. Zum einen wurde die entsprechende Anwendung des § 94 VwGO schon deshalb nicht in Betracht gezogen, weil für die Normenkontrollentscheidung die Vorgeiflichkeit eines anderen Rechtsverhältnisses nicht denkbar ist. Zum anderen wird die umfassende Vorbehaltsklausel nach der alten Fassung, bezogen auf die Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, die Frage der Aussetzung in den Hintergrund haben treten lassen. Aus der Sicht der abstrakten Betrachtungsweise ist dies verständlich, denn bei einem anhängigen verfassungsgerichtlichen Verfahren wäre die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle ohnehin unzulässig gewesen.

¹ vgl. S. 99 ff., 232 ff.

Die eingangs geäußerte Verwunderung erklärt sich, wenn man die im Vormarsch befindliche konkrete Betrachtungsweise heranzieht. Hier hätte sich die Frage der Aussetzung gestellt, wenn eine Identität der Antragsteller in beiden Verfahren nicht zur Voraussetzung erhoben wird - eine Frage, auf die noch einzugehen sein wird.

Nunmehr ist die Aussetzung in § 47 Abs. 4 VwGO positiv geregelt. Danach kann das Oberverwaltungsgericht anordnen, daß das Normenkontrollverfahren auszusetzen ist, wenn ein Verfahren bei einem Verfassungsgericht anhängig ist, um dessen Erledigung abzuwarten. Die Regelung ist gegenüber § 94 VwGO *lex specialis*, so daß sich die Frage der Vorgeiflichkeit ohnehin nicht stellt.

Angesichts der Reduzierung des verfassungsgerichtlichen Vorbehalts zugunsten der Landesverfassungsgerichtsbarkeit stellt sich die Regelung in § 47 Abs. 4 VwGO als logische Folge dar, wenn man davon ausgeht, daß die Formulierung "Verfassungsgericht" umfassend zu verstehen ist, womit die zweite Frage angesprochen ist.

Darüber hinaus haben sich zwei weitere Fragen herausgebildet: Einerseits steht die analoge Anwendung des § 47 Abs. 4 VwGO bei noch nicht anhängigem, aber in Aussicht gestelltem verfassungsgerichtlichen Verfahren im Raum; andererseits ist nach den Kriterien und dem Umfang des eingeräumten Ermessens zu fragen.

a) Die Identität des Streitgegenstandes und der
Anfechtungsbeteiligten-----

Überwiegend wird vertreten, daß im verfassungsgerichtlichen und verwaltungsgerichtlichen Verfahren das Erfordernis der Identität des Streitgegenstandes nur in begrenztem Umfang gelte. In beiden Verfahren müsse es zwar um dieselbe Rechtsvorschrift gehen, die Anfechtungsbeteiligten brauchten dagegen in beiden Verfahren nicht übereinzustimmen.¹⁾ Daß es sich in beiden Verfahren um dieselbe Rechtsvorschrift handeln muß, liegt auf der Hand, anderenfalls wäre der Sinn und Zweck einer Aussetzung nicht nachvollziehbar. Dieser besteht zunächst darin, divergierende Entscheidungen zu vermeiden und somit zu verhindern, daß nach verfassungsgerichtlicher Prüfung die zuvor getroffene verwaltungsgerichtliche Entscheidung zum Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde gemacht wird.²⁾ Dann wäre das Verfassungsgericht zweimal mit der Sache beschäftigt, was sicherlich nicht mit den Grundsätzen der Prozeßökonomie in Einklang zu bringen ist. Ferner entspricht es der Prozeßökonomie, wenn mit dem Erfordernis der Identität der Rechtsvorschrift ausgeschlossen wird, daß Verfassungsgericht und Oberverwaltungsgericht dieselbe Norm unter denselben Gesichtspunkten prüfen.

¹ vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 180; ferner Kopp, § 47 Rdnr. 52; Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 29; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 253 vgl. im übrigen S.167 zum Umfang der Nachprüfung durch den gestellten Antrag.

² Achterberg, a.a.O.

Gründe der Prozeßökonomie sprechen schließlich auch dafür, nicht die Identität der Anfechtungsbeteiligten zu fordern. Eine solche Forderung würde dazu führen, daß den Gründen der Prozeßökonomie dann der Boden entzogen wäre. Im Mittelpunkt der prinzipialen Normenkontrolle steht aber die zu überprüfende Rechtsvorschrift, so daß den Anfechtungsbeteiligten nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt.¹⁾

Letztlich läßt auch die Formulierung in § 47 Abs. 4 VwGO keine andere Beurteilung zu, denn entscheidend ist, ob "ein Verfahren zur Überprüfung der Gültigkeit der Rechtsvorschrift bei einem Verfassungsgericht anhängig ist".

¹ Im Gegensatz zu Kopp, § 47 Rdnr. 52; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 253; Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 29, hat Achterberg, VerwArch 1981, S. 180 den Begriff der "Anfechtungsbeteiligten" gebraucht. Wenn an dieser Stelle gleichfalls auf die Anfechtungsbeteiligten abgestellt wird, so liegt das an der genaueren Eingrenzung des Problems mit Hilfe dieses Begriffes. Zum einen könnte bei der lediglichen Einbeziehung der Antragsteller im Umkehrschluß daraus geschlossen werden, daß die übrigen Beteiligten identisch sein müssen, wobei sich die Problematik angesichts der möglichen Beiladung kumuliert. Zum anderen steht im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren gem. § 47 Abs. 2 Satz 2 VwGO der Antragsgegner fest, während die kontradiktorische Ausgestaltung - wenn überhaupt - im verfassungsgerichtlichen Verfahren unterschiedlich ausgestaltet ist, wie ein Seitenblick auf die Bestimmungen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes zeigt.

b) Die Bedeutung der Formulierung "bei einem
Verfassungsgericht"-----

Die grammatikalische Betrachtung des Gesetzestextes führt hier dazu, nicht zwischen bundes- und landesverfassungsgerichtlichen Verfahren zu unterscheiden. Gleichwohl bestehen diesbezüglich unterschiedliche Auffassungen.

Mit der Begründung, untergesetzliche landesrechtliche Normen unterlägen nicht der Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts und die Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht setze ihrerseits das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren voraus, wird die Aussetzung gem. § 47 Abs. 4 VwGO auf die landesverfassungsgerichtlichen Verfahren beschränkt.¹⁾

Ohne es expressis verbis anzusprechen, geht dagegen die übrige Literatur²⁾ mit Recht davon aus, daß die Formulierung "Verfassungsgericht" umfassend zu verstehen ist.

Wie bereits angedeutet,³⁾ spricht für diese Betrachtung der Wortlaut der gesetzlichen Regelung und auch die amtlichen Begründungen⁴⁾ geben zu gegenteiligen Schlüssen keinen Anlaß. Darüber

¹ vgl. Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 29

² vgl. z.B. Kopp, § 47 Rdnr. 51 ff.; Eyermann/Fröhler, § 4/ Rdnr. 35 a; Achterberg VerwArch 1981, S. 179/180

³ sh. oben S. 268

⁴ BR-Drucks. 533/75, S. 11

hinaus folgt die Aussetzungsregelung in Abs. 4 der Vorbehaltsregelung in Abs. 3, wo der Gesetzgeber ausdrücklich die Beschränkung auf die Landesverfassungsgerichtsbarkeit ausgesprochen hat.

Im übrigen wäre die Berechtigung der gesetzlichen Regelung bei einer entgegengesetzten Betrachtungsweise nicht einzusehen. Durch die Reduzierung der Vorbehaltsklausel zugunsten der Landesverfassungsgerichtsbarkeit steht nach der Neufassung fest, daß zwischen dem bundesverfassungsgerichtlichen und dem verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren eine Rechtswegekonkurrenz bestehen kann.¹⁾ Berücksichtigt man überdies, daß bei einer ausschließlich geregelten landesverfassungsgerichtlichen Zuständigkeit wegen Unzuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts eine Aussetzung nicht mehr aktuell werden kann,²⁾ so bleibt für eine Aussetzung kaum noch Raum.

c) Die analoge Anwendung des § 47 Abs. 4 VwGO

Da der Wortlaut der Vorschrift auf ein bereits anhängiges verfassungsgerichtliches Verfahren abstellt, erhebt sich die Frage, ob § 47 Abs. 4 VwGO bei einem zu erwartenden Verfahren analog anwendbar ist.

Dies wird unterschiedlich beurteilt.

¹ vgl. S. 103 ff.

² Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 35 a sind insoweit mißverständlich, als von der ausschließlichen Zuständigkeit eines Verfassungsgerichts gesprochen wird. § 47 Abs. 3 VwGO beschränkt den Vorbehalt gerade auf die Landesverfassungsgerichte.

So wird diese Frage positiv beantwortet, wenn für die nächste Zeit ein verfassungsgerichtlich-liches Verfahren mit hinreichender Sicherheit zu erwarten sei.¹⁾

Nach anderer Ansicht reiche selbst die Ankündigung, einen Antrag vor dem Verfassungsgericht stellen zu wollen, für eine Aussetzung analog § 47 Abs. 4 VwGO nicht aus.²⁾

Damit findet sich hier eine Parallele zu dem seit langem bei § 94 VwGO bestehenden Problem.³⁾

Bei der Entscheidung wird man für die ablehnende Haltung sicherlich nicht den eindeutigen Wortlaut des § 47 Abs. 4 VwGO heranziehen können,⁴⁾ denn hier geht es um die analoge Anwendung der Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus, so daß man schon andere Kriterien heranziehen muß.

Ein solches Kriterium könnte z.B. sein, daß der Gesetzgeber in § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO auch den Nachteil einbezogen hat, der erst in der Zukunft zu erwarten ist, so daß bei entsprechendem Willen des Gesetzgebers eine futurische Regelung in § 47 Abs. 4 VwGO ebenfalls aufgenommen worden wäre. Ob dieses Kriterium näheren Aufschluß gibt, erscheint jedoch mehr als fraglich, denn es läßt sich ein Zusammenhang zwischen beiden Vorschriften nur schwerlich knüpfen. Der Regelung in § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO liegt im wesentlichen der Rechtsschutzgedanke zugrunde, der mit der Verwaltungsgerichtsordnung im Jahre 1960 gegenüber dem Verwaltungs-

¹ vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 180, Kopp, § 47 Rdnr. 51, der von der "aller nächsten Zeit" spricht.

² vgl. Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 29

³ vgl. Kopp, § 94 Rdnr. 5 m.w.N.

⁴ so aber Redeker/von Oertzen zu § 94 Rdnr. 2

gerichtsgesetz seine weitere Ausprägung aus der Erkenntnis heraus erfuhr, daß mit dem Erlaß einer Rechtsvorschrift der zu erwartende Nachteil vorprogrammiert ist. Dagegen spielen in die Regelung des § 47 Abs. 4 VwGO vorwiegend prozeßökonomische Gründe herein. Diese führen auch dazu, für eine analoge Anwendung des § 47 Abs. 4 VwGO einzutreten. Zwar liegt in ihr ein Unsicherheitsfaktor, doch überwiegen die prozeßökonomischen Gründen, die nicht anders beurteilt werden können, als bei einem noch nicht anhängigen verfassungsgerichtlichen Verfahren.¹⁾

In der Praxis wird man ferner dem Unsicherheitsfaktor dadurch begegnen können, daß man, wie bereits im Verfahren gem. § 94 VwGO vorgeschlagen,²⁾ dem Antragsteller aufgibt, das Verfahren innerhalb einer bestimmten Frist beim Verfassungsgericht anhängig zu machen. Freilich wird dies nur zulässig sein, wenn aufgrund des bisherigen Akteninhalts - zum Beispiel aufgrund des Vortrags der Beteiligten - ein verfassungsgerichtliches Verfahren zu erwarten ist.³⁾ Im übrigen wird bei einem entsprechenden Willen des Antragstellers mit hinreichender Sicherheit für die nächste Zeit⁴⁾ ein verfassungsgerichtliches Verfahren zu erwarten sein, denn da der Antragsteller für die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle antragsbefugt sein muß, er also einen Nachteil vorträgt, wird er schon im eigenen Interesse an einer Verfahrensbeschleunigung interessiert sein.

¹ vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 180

² vgl. Kopp, § 94 Rdnr. 5

³ Anderenfalls wäre die Verfügung des Oberverwaltungsgerichts nicht zulässig, weil der Antragsteller entgegen seiner Absicht in ein weiteres gerichtliches Verfahren getrieben würde und ggf. mit weiteren Kosten belastet.

⁴ vgl. Achterberg, a.a.O.; Kopp, § 47 Rdnr. 51

d) Die Kriterien der Ermessensentscheidung

In jüngster Zeit sind erstmals in der Literatur die Kriterien der Ermessensentscheidung im Rahmen des § 47 Abs. 4 VwGO aufgezeigt worden.¹⁾ Aber auch zu § 94 VwGO fehlen - soweit ersichtlich - entsprechende Feststellungen. Daß bei § 47 Abs. 4 VwGO die Entscheidung häufiger zugunsten einer Aussetzung ausschlagen wird als bei § 94 VwGO, zeigt schon ein Vergleich beider Vorschriften, denn bei der letzteren ist der Ermessensausübung die Frage der "Vorgreiflichkeit" vorangestellt.

Die zu treffende Ermessensentscheidung wird das Ergebnis einer Abwägung der für und gegen die Aussetzung sprechenden Kriterien sein.²⁾ Wie bereits ausgeführt,³⁾ liegen der Aussetzung im wesentlichen prozeßökonomische Gründe zugrunde, so daß für die Aussetzung stets spricht, wenn sie zur Verhinderung von Rechtsprechungsdivergenzen und zur Vermeidung von Folgeprozessen beiträgt. Dabei liegen Rechtsprechungsdivergenzen immer dann im Bereich des Möglichen, wenn sich die Rechtslage offen darstellt und erst recht, wenn die Rechtslage verworren ist. Auf diese Fälle ist auch die Aussetzung gem. § 47 Abs. 4 VwGO angesichts ihres Wortlautes zugeschnitten. Dies bedeutet, daß schon Zweifel des Oberverwaltungsgerichts für eine Aussetzung sprechen.⁴⁾

¹ Soweit ersichtlich, nur Achterberg, VerwArch 1981, S. 179

² Achterberg, a.a.O., dessen Ausführungen hier zugrundegelegt werden.

³ vgl. S. 268

⁴ Achterberg, a.a.O.

Der Sinn und Zweck dieses Ergebnisses läßt sich bereits aus einem Vergleich zu Art. 100 Abs. 1 GG begründen. Danach ist das Verfahren auszu-
setzen, wenn ein Gericht ein Gesetz auf dessen
Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für
verfassungswidrig hält. Voraussetzung ist also,
daß das Gericht von der Ungültigkeit der Norm
überzeugt ist.¹⁾ Kommt daher das Oberverwaltungs-
gericht zu einer derartigen Überzeugung, so er-
scheint es fraglich, ob eine Aussetzung Rechtspre-
chungsdivergenzen verhindert. Vielmehr wird die
Aussetzung dann zu einer Verzögerung des Verfah-
rens führen, so daß damit ein gegen die Aussetzung
sprechendes Kriterium erfüllt ist.²⁾

Die durch die Aussetzung bedingte Verfahrensver-
zögerung, die überdies zu erheblichen Kosten- und
Ersatzleistungsfolgen führen kann sowie die feh-
lende Einwirkungsmöglichkeit der Beteiligten auf
die gerichtliche Entscheidung³⁾ erfordern aus
einer Fürsorgepflicht heraus eine sogfältige Ab-
wägung durch das Oberverwaltungsgericht. An die

¹ vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 181

² Achterberg, a.a.O.

³ Im Gegensatz zu Abs. 5 bringt Abs. 4 des § 47 VwGO nicht zum Ausdruck, daß die gerichtliche Anordnung per Beschluß ergeht. Auch die Kommentarliteratur schweigt sich darüber aus - lediglich Kopp, § 47 Rdnr. 54 verweist auf die zu § 94 VwGO entwickelten Grundsätze. Bei der Aussetzung gem. § 94 VwGO ist klar, daß die gerichtliche Anordnung per Beschluß erfolgt. Dies hat auch für § 47 Abs. 4 VwGO zu gelten. Ein solcher ist aber im Normenkontrollverfahren nicht anfechtbar, vgl. § 152 VwGO.

Sorgfaltspflicht sind außerdem insoweit hohe Anforderungen zu stellen, als in analoger Anwendung des § 47 Abs. 4 VwGO die Aussetzung auch bei noch nicht anhängigem verfassungsgerichtlichem Verfahren möglich ist. Jedenfalls ist die Kannvorschrift nicht mit Gründen der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens als Mußvorschrift auszulegen.¹⁾

Keiner weiteren Vertiefung bedarf es, daß die Frage der Aussetzung erst ansteht, wenn das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren zulässig ist. Erst im Rahmen der Begründetheit können nämlich die angesprochenen Zweifel an der Rechtslage auftreten. Ebenso kommt eine Aussetzung dann nicht in Betracht, wenn das Verfassungsgericht seinerseits das bei ihm anhängige Verfahren bis zur Entscheidung des Obergerichts aussetzt.²⁾ In diesem Fall ist für eine Ermessungsausübung kein Raum. Gleichfalls scheidet eine Aussetzung aus, wenn sich das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren als ein noch zu erschöpfender Rechtsweg gem. § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG erweist.³⁾

¹ so aber Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 35 a

² Kopp, § 47 Rdnr. 53

³ eine Ausnahme gilt nur in den Fällen des § 90 Abs. 2 Satz 2^{1.} Alt. BVerfGG.

2. Die Vorlage an das Bundesverwaltungsgericht
gem. § 47 Abs. 5 VwGO

Bereits im Rahmen der Anfechtbarkeit der gerichtlichen Entscheidung war die Vorlagepflicht gem. § 47 Abs. 5 VwGO Gegenstand ausführlicher Erörterungen.¹⁾ An dieser Stelle gilt es, noch zu weiteren Fragen Stellung zu nehmen.

a) § 47 VwGO revisibles Recht?

Zur Vorlage und zur Entscheidung über die Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht kommt revisibles Recht in Betracht. Dies ist gem. § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO Bundesrecht, wozu auch alle Bestimmungen in Gesetzen gehören, die von Organen des Bundes nach den Vorschriften des Grundgesetzes erlassen sind. Demnach ist auch § 47 VwGO selbst revisibles Recht, so daß das Bundesverwaltungsgericht nach Vorlage über die Auslegung dieser Bestimmung entscheiden kann.

Nachdem dies bislang in der Literatur vertreten wurde,²⁾ hat sich auch das Bundesverwaltungsgericht dahingehend entschieden.³⁾

¹ vgl. S. 149 ff.

² Kopp, § 47 RdNr. 55; Redeker/von Oertzen, § 47 RdNr. 30; Schunck/De Clerck § 47 Anm. 6 a; Krebs, VerwArch 69 (1978), S. 331

³ Beschluß vom 9.11.1979

b) Die Zulässigkeit einer Vorlage gem. § 47
Abs. 5 VwGO-----

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 9.11.1979 in den Gründen umfangreiche Ausführungen zur Frage der Zulässigkeit von Vorlagen gemacht. Indirekt - weil nicht im Tenor enthalten - erweisen sich diese als Entscheidung über die Auslegung des § 47 Abs. 5 VwGO selbst.

Indes sind durch die dortigen Ausführungen einige Fragen augenscheinlich geworden.

Das Bundesverwaltungsgericht vertritt die Auffassung, bei der Divergenzvorlage gem. § 47 Abs. 5 Nr. 2 VwGO handele es sich um einen Unterfall der Grundsatzvorlage gem. § 47 Abs. 5 Nr. 1 VwGO. Gegen diese Auffassung sind jedoch Bedenken zu erheben.

In § 47 Abs. 5 VwGO - wie auch in § 132 Abs. 2 VwGO - sind die Vorlegungsgründe alternativ aufgeführt, so daß vom Wortlaut her die Divergenzvorlage kein spezieller Fall der Grundsatzvorlage ist. Auch wenn das Bundesverwaltungsgericht seine Ansicht auf das Verhältnis beider Alternativen zu § 132 VwGO gründet, so darf nicht außer acht bleiben, daß § 47 Abs. 5 VwGO einige Besonderheiten aufweist.

Zum einen knüpfte der Gesetzgeber das Vorlageverfahren gem. § 47 Abs. 5 VwGO an die Vorschriften der § 28 Abs. 2 FGG, § 79 Abs. 2 GBO, § 121 Abs. 2 GVG an.¹⁾ Da diesen Vorschriften jedoch

¹ vgl. BT-Drucks. 7/4324, S. 11

eine Grundsatzvorlage fremd ist, kann davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber Grundsatz- und Divergenzvorlage zu gleichberechtigten Alternativen erheben wollte. Bei einem entgegenstehenden Willen - auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 132 VwGO - hätte der Gesetzgeber die nach Ziffern unterschiedlichen Alternativen vermieden und stattdessen folgende Formulierung gebraucht:

".....wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, die in der Regel dann vorliegt, wenn das Oberverwaltungsgericht von der Entscheidung eines anderen Oberverwaltungsgerichts abweichen will".¹⁾

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß es auch Kodifikationen gibt - vgl. § 145 Abs. 2 BRAO - , bei denen eine Zulassung nur wegen grundsätzlicher Bedeutung möglich ist. Auch aus diesem gegenüber § 28 Abs. 2 FGG u.a. umgekehrten Fall ist zu schließen, daß eine alternative Divergenz einen zusätzlichen, selbständigen Zulassungsgrund bzw. Vorlagegrund schafft.

¹ Für derartige Gesetzesformulierungen mit besonderen (Regel-) Tatbeständen und allgemeinen Tatbeständen gibt es zahlreiche Beispiele. Als Musterbeispiel sei hier aus dem öffentlichen Recht § 12 Abs. 4 des Wehrpflichtgesetzes genannt, der folgenden Wortlaut hat:

"Vom Wehrdienst soll ein Wehrpflichtiger auf Antrag zurückgestellt werden, wenn die Heranziehung vom Wehrdienst für ihn wegen persönlicher, insbesondere häuslicher, wirtschaftlicher oder berufliche Gründe eine besondere Härte bedeuten würde. Eine solche liegt in der Regel dann vor, wenn....."

Gleichlautend auch § 11 Abs. 4 des Zivildienstgesetzes.

Zum anderen weicht die Bestimmung des § 47 Abs. 5 VwGO insoweit von § 132 Abs. 2 Nr. 2 ab - und das ist entscheidend - , als von ihr auch eine Divergenz von der Entscheidung eines anderen Oberverwaltungsgerichts mit erfaßt wird. Mag man zu § 132 VwGO noch die Auffassung vertreten, daß ein Abweichen von einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts die grundsätzliche Bedeutung indiziert,¹⁾ so kann dies bei einem Abweichen von einer Entscheidung eines anderen Oberverwaltungsgerichts nicht mehr gesagt werden. Die zuweilen in der Literatur anzutreffende Auffassung der Nutzanwendung zwischen Abweichung und grundsätzlicher Bedeutung,²⁾ wonach die Abweichung unter Obergerichten die grundsätzliche Bedeutung begründe, ist jedenfalls für § 47 Abs. 5 VwGO nicht stichhaltig, anderenfalls müßte die Frage gestellt werden, warum der Gesetzgeber die Divergenzvorlage überhaupt geregelt hat.

Darüber hinaus stützt das Bundesverwaltungsgericht³⁾ seine Auffassung im wesentlichen darauf, daß "die Zulassungsgründe gem. § 132 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VwGO gemeinsam dem Ziel dienen, die Rechtseinheit zu wahren, während eine Zulassung der Revision auf Grund des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO

¹⁾ Ähnlich äußert sich Weyreuther, Rdnr. 93; ferner Hanack, S. 86

²⁾ vgl. Weyreuther, Rdnr. 99

³⁾ Buchholz, Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Gliederungsziffer 310, § 132 VwGO Nr. 49

ohne Rücksicht auf die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache oder eine etwaige Abweichung von einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts Verfahrensmängel beseitigen soll".¹⁾

Zwar ist nicht zu leugnen, daß auch § 47 Abs. 5 Nr. 1 und 2 VwGO der Wahrung der Rechtseinheit zu dienen bestimmt sind, doch fehlt in Abs. 5 eine dem § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO vergleichbare Regelung, so daß die vom Bundesverwaltungsgericht zu § 132 VwGO vorgenommene Abgrenzung hier schon ausscheidet. Überdies darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß § 132 VwGO Regelungen hinsichtlich eines reinen Rechtsschutzverfahrens trifft, in dem der Rechtsschutzsuchende das Rechtsmittel selbst nach Zulassung beim Bundesverwaltungsgericht einlegt, das in der Sache endgültig entscheidet.²⁾ Anders in dem gemischten Verfahren gem. § 47 VwGO, in dem - losgelöst von einem konkreten Fall - das Oberverwaltungsgericht die Sache dem Bundesverwaltungsgericht vorlegt, jedoch selbst endgültig entscheidet.³⁾

Im übrigen besteht bei der Betrachtung des Bundesverwaltungsgerichts die Gefahr, daß die Vorlagegründe gem. § 47 Abs. 5 VwGO in der Praxis zu sehr in eine wechselseitige Beziehung abgleiten. Einerseits könnte die Frage der Abweichung schnell über-

¹ Weiter heißt es in dem Beschluß: "Deswegen wird in dem Schrifttum zu Recht die Divergenzrevision als ein Unterfall der Grundsatzrevision angesehen".

² also mit Devolutiveffekt

³ also ohne Devolutiveffekt

gangen werden, um sogleich auf die grundsätzliche Bedeutung zuzusteuern. Andererseits ist nicht auszuschließen, daß trotz Divergenz die Frage der grundsätzlichen Bedeutung mit einbezogen wird.¹⁾ All das kann schließlich dazu führen, die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtssache zu sehr im Lichte der Divergenz zu sehen und so den Unterschied zwischen beiden Alternativen zu verwischen.

Indes ist dieser Unterschied sehr gravierend. Die Grundsatzvorlage basiert auf einem unbestimmten Rechtsbegriff, der in der gesetzlichen Formulierung "wenn eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat" zum Ausdruck kommt und der mangels eines Beurteilungsspielraumes voll nachprüfbar ist.²⁾ Hinsichtlich der Ausfüllung des Begriffes "grundsätzliche Bedeutung" ist zunächst darauf abzustellen, daß der Gesetzgeber mit "der Rechtssache" einen weiten Rahmen gezogen hat, der über die die Entscheidung tragende Rechtsfrage hinaus auch andere Aspekte mit einbezieht.³⁾ Zu ihnen zählen beispielsweise auch wirtschaftliche und soziale Aspekte.⁴⁾ Aus dem weiten Rahmen "Rechtssache" ergibt sich ferner, daß die grundsätzliche Bedeutung der "Rechtsfrage" allein nicht ausreicht, wenn sie nicht zugleich zu einer entsprechenden Aufwertung der

¹ vgl. Weyreuther, Rdnr. 93 ff. m.w.N.

² vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 181

³ vgl. die zutreffenden Ausführungen von Zuck, DVBl. 1978, S. 167; Bettermann, DVBl. 1980, S. 237

⁴ vgl. Zuck, DVBl. 1978, S. 167 m.w.N.

"Rechtssache" führt.¹⁾

Wie die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 132 VwGO, die hier angesichts des gleichen Wortlauts herangezogen werden kann, ergeben hat, muß für die Annahme der grundsätzlichen Bedeutung einer Rechtssache zu erwarten sein, daß die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über die Rechtsfrage dazu dienen kann, die Rechtseinheit in ihrem Bestand zu erhalten oder die Weiterentwicklung des Rechts zu fördern, was nur dann der Fall ist, wenn es sich um höchst-richterlich noch nicht geklärte Rechtsfragen handelt, die aber für die Zukunft richtungsweisend sind.²⁾

Ganz anders verhält es sich bei der Divergenzvorlage, die dem Prinzip "praktischer Konkordanz" auch zwischen verschiedenrangigen Rechtsnormen entspricht.³⁾

Dieses Abstellen auf die Rechtsnormen - und daher Rechtsfragendivergenz - ist ein weiterer Beleg dafür, daß diese Vorlage losgelöst von der Rechtssache von grundsätzlicher Bedeutung zu sehen ist. Die Divergenzvorlage kommt zum Zuge, wenn die Rechtsauffassungen zweier - in § 47 Abs. 5 Nr. 2 VwGO genannter - Gerichte hinsichtlich derselben Rechtsfragen miteinander vereinbar sind.⁴⁾

¹ vgl. FN 4 S. 281

² BVerwG, Buchholz, a.a.O., 310, § 132 VwGO Nr. 16; Buchholz 310, § 132 VwGO Nr. 62; Buchholz 310, § 132 VwGO Nr. 72; weitere Nachweise bei Zuck, DVBl. 1978, S. 167 FN 20, 21

³ vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 181

⁴ vgl. BVerwG, Buchholz a.a.O., 310, § 132 VwGO Nr. 86; Buchholz, a.a.O., 310, § 132 VwGO Nr. 96; vgl. auch die Ausführungen von Bettermann, DVBl. 1980, S. 237

Kommt man noch einmal auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.11.1979 zurück, so ist die Vorlagesache BVerwG 4 N 3.79 nach dem Willen des vorlegenden Verwaltungsgerichtshofs eine Divergenzvorlage. Dennoch hat das Bundesverwaltungsgericht den Gegenstand der Vorlage ausgetauscht und sie unter dem Gesichtspunkt der "grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache" behandelt. Dies läßt sich möglicherweise dadurch erklären, daß das Bundesverwaltungsgericht sämtliche Vorlagesachen auf einen Nenner bringen und über § 93 Satz 1 VwGO miteinander verbinden wollte. Dies hat mit dazu geführt, daß die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts auf die Frage nach der Antragsberechtigung bei Bebauungsplänen verkürzt wurde.¹⁾

¹ vgl. die weitere Kritik von Bettermann, a.a.O., der im übrigen zu Recht darauf hinweist, daß es für die Zulässigkeit der Vorlage dahingestellt bleiben kann, ob die vorgelegte Rechtsfrage kontrovers oder prinzipiell ist, so daß es der vorgenommenen Qualifizierung der Divergenzvorlage als Unterfall der Grundsatzvorlage nicht bedurft hätte.

c) Die Form der Interpretationsentscheidung des
Bundesverwaltungsgerichts-----

Während § 47 Abs. 5 VwGO in Satz 2 zum Ausdruck bringt, daß die Vorlage durch das Oberverwaltungsgericht per Beschluß ergeht, fehlt bezüglich der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts eine Konkretisierung.

Begrifflicherweise entscheidet ein Gericht - gleich welcher Instanz - durch Urteil oder Beschluß, wie die §§ 5, 9 ff. VwGO zeigen.

Dementsprechend wird in der Literatur eine Entscheidung nach dem Ermessen des Gerichts durch Urteil aufgrund mündlicher Verhandlung oder durch Beschluß für möglich gehalten.¹⁾

Nach anderer Ansicht soll die Entscheidung nur durch Beschluß ergehen.²⁾

Schließlich wird vertreten, es handele sich um eine Entscheidung, die weder ein Urteil noch ein Beschluß sei.³⁾

Nun könnte man meinen, durch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts sei die Frage dahingehend geklärt, daß die Entscheidung gem. § 47 Abs. 5 VwGO durch Beschluß erfolge. Insoweit ist auch der "Be-

¹ vgl. Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 34

² vgl. Schunck/De Clerck § 47 Anm. 6

³ vgl. Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 35 b; Redeker/von Oertzen, a.a.O. konstruieren aus dieser Ansicht eine Entscheidung sui generis.

schluß des Bundesverwaltungsgerichts" in aller Munde.¹⁾

Bei genauerer Betrachtung fällt jedoch auf, daß der Beschluß, wie in § 93 Satz 1 VwGO vorgesehen, lediglich die Verbindung der anhängigen Vorlageverfahren betrifft. Sodann hat das Bundesverwaltungsgericht "in der Sache erkannt". Somit kann festgehalten werden, daß das Bundesverwaltungsgericht über die Rechtsfrage nicht durch Beschluß entschieden hat.

Aber auch die Qualifizierung als Urteil fällt schwer. Insoweit lautet das Rubrum stets "Im Namen des Volkes"....."für Recht erkannt". In diesem Zusammenhang neigt man zu dem Versuch, eine Lösung über Art. 100 GG herbeizuführen. Dort entscheidet nach überwiegender Auffassung das Bundesverfassungsgericht durch Feststellungsurteil, indem es die Verfassungswidrigkeit und damit die Nichtigkeit des Gesetzes erklärt.²⁾ Einer solchen Parallele sind aber zwei Bedenken entgegenzuhalten.

¹ vgl. z. B. DVBl. 1980, S. 233; Bettermann, DVBl. 1980, S. 237: "Der Beschluß"

² vgl. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 100 Rdnr. 26 m.w.N.

Zunächst fehlt es in der Verwaltungsgerichtsordnung an einer den §§ 31 Abs. 2, 13 Nr. 11 BVerfGG vergleichbaren Regelung, wonach die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft besitzt. Die Entscheidung bindet also die Allgemeinheit, was im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren erst durch die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts möglich ist. Des weiteren hat gem. Art. 100 Abs. 1 GG das Gericht das bei ihm anhängige Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen. Nach § 47 Abs. 5 VwGO bedarf es aber keines Aussetzungsbeschlusses. In gewisser Weise ist die Verfahrenssituation mit der Situation vergleichbar, in der das Gericht einen Beweisbeschuß zwecks Einholung eines Sachverständigengutachtens erläßt und sodann auf der Grundlage des Gutachtens entscheidet. Durch die Transponierung des Gutachtens durch das Gericht in das Urteil werden die dortigen Stellungnahmen verbindlich. Insoweit läßt sich die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts als Rechtsgutachten oder als bloße Interpretationsentscheidung deuten, woran das vorlegende Oberverwaltungsgericht als Antragsteller in dem Vorlegungsverfahren bei seiner Entscheidung gebunden ist. Vergleicht man die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts "in der Sache", so kommt ihnen vom Aufbau und vom Stil her auch nichts anderes als der Charakter eines Rechtsgutachtens zu. Angesichts der Bedeutung der Entscheidung sollte diese - wie am 9.11.1979 geschehen - vom vollbesetzten Senat getroffen werden.

3. Der Inhalt und die Wirkung der Normenkontrollentscheidung

Bereits zur Zeit der Geltung der alten Fassung des § 47 VwGO wurde die Frage der Wirkung der Normenkontrollentscheidung nicht einheitlich beantwortet. Eng damit zusammen hing die Frage des Inhalts der Entscheidung.

Teilweise wurde vertreten, der Entscheidung komme eine ex-tunc-Wirkung zu, weil wegen ihres feststellenden Charakters die Rechtsvorschrift von Anfang an nichtig sei.¹⁾

Nach einer differenzierten Betrachtungsweise sollte das Oberverwaltungsgericht in seinem Beschluß bestimmen können, ob die Rechtsvorschrift ex-tunc oder von einem späteren Zeitpunkt an beseitigt sei.²⁾

Obwohl die Neufassung in § 47 Abs. 6 Satz 2 VwGO nunmehr geregelt hat, daß das Oberverwaltungsgericht die Rechtsvorschrift für nichtig erklärt, somit der Wortlaut für die erste Auffassung spricht, ist die Diskussion gerade in jüngster Zeit anläßlich der Verwaltungsrichtertagung neu in Fluß geraten.³⁾

¹ vgl. Wolfram, S. 167

² vgl. Eyermann/Fröhler, 5. Aufl., § 47 Rdnr. 38

³ vgl. Besler, DVBl. 1980, S. 822

Die Literatur geht heute überwiegend von dem Grundsatz aus, daß die Rechtsvorschrift vom Gericht mit ex-tunc-Wirkung für ungültig erklärt werde. Ein anderer Zeitpunkt komme nur dann in Betracht, wenn das Oberverwaltungsgericht dieses im Tenor ausdrücklich bestimmt habe.¹⁾ Die konstitutive Wirkung der Normenkontrollentscheidung wird strikt abgelehnt.

Geht man davon aus, daß die ex-nunc-Wirkung der Normenkontrollentscheidung bei entsprechender Feststellung im Tenor kein "tabu" ist, so ist die ablehnende Haltung gegen die konstitutive Wirkung der Normenkontrollentscheidung nicht mehr so selbstverständlich; denn die ex-nunc-Wirkung der Entscheidung bedeutet logischerweise die konstitutive Bedeutung²⁾ und bedarf daher keiner weiteren Erörterung.

Nun ist den verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollentscheidungen nicht selten zu entnehmen, daß die Rechtsvorschrift lediglich für ungültig erklärt wird. Dies bedeutet jedoch nicht, daß daraus die deklaratorische Wirkung der Normenkontrollentscheidung zu folgern wäre, denn die ex-tunc-Wirkung bedingt nicht automatisch die deklaratorische Kraft der Entscheidung; vielmehr kann auch eine konstitutive Wirkung denk möglich sein.³⁾

Allerdings sind diese zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle entwickelten Gedanken nicht unbestritten.

¹ Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 38; Kopp, § 47 Rdnr. 72, Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 36; Tschira/Schmitt Glaeser, s. 254; Wolff/Bachof III, § 165 III d 3 Rdnr. 23

² vgl. Achterberg, DÖV 1977, S. 653

³ Vgl. Achterberg, a.a.O.

Die deklaratorische Wirkung der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollentscheidung wird im wesentlichen damit begründet, daß ein verfassungswidriges Gesetz zu keiner Zeit eine Norm, geschweige denn eine Rechtsnorm gewesen sei, auch wenn dieses Gesetz in Art. 93 GG ungenau in einem nur formalen Sinne als "Recht" bezeichnet werde.¹⁾

Diese Begründung vermag angesichts des Vorliegens gewichtiger Gegengründe nicht zu überzeugen. Es würde den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen, würde man diese Argumente erschöpfend würdigen. Insoweit seien sie nur in gebührender Kürze aufgeführt.²⁾

Der Vorrang der Verfassung spricht nicht dafür, daß es das betreffende Gesetz nicht gegeben habe. Indem die Verfassung zur Prüfung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen bestimmte Verfahren vorschreibt, geht sie selbst davon aus, daß das Gesetz zunächst Wirkungen entfaltet, die angesichts der Verfahrensdauer oft von gravierender Bedeutung sein können. Letzteres verdeutlicht die Verfassungsbeschwerde gem. §§ 90 ff. BVerfGG. Gemäß § 95 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG ist das Gesetz für nichtig zu erklären, wenn der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz stattgegeben wird. In der Regel³⁾ kommt es gem. § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG aber erst nach Erschöpfung des Rechtsweges zum Verfassungsbeschwerdeverfahren, was einen Zeitraum von vielen Jahren umfassen kann.

¹ vgl. Arndt, DÖV 1959, S. 81 ff.; ders., NJW 1957, S. 361 ff.; NJW 1959, S. 863 ff. und 2145; Hamann, NJW 1959, S. 1465 ff.; Michel, NJW 1960, S. 841 ff.

² vgl. dazu Achterberg, DÖV 1977, S. 653; ders., ausführlich in: Probleme der Funktionslehre, S. 144 ff., ferner: Götz, NJW 1960, S. 1177 ff.; Puppe, DVBl. 1970, S. 317 ff.

³ Ausnahme gem. § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG

Aber auch das Verfahren nach Art. 100 GG zeigt, daß der Rechtsanwender und die Gerichte eine verfassungswidrige Norm nicht ignorieren dürfen, was bei lediglich deklaratorischem Charakter der Normenkontrollentscheidung naheliegen würde. Im übrigen wäre bei Annahme der ipso-iure-Nichtigkeit die Regelung des § 79 Abs. 2 BVerfGG nicht verständlich, wonach die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt bleiben. Mit dieser Regelung ist vielmehr davon auszugehen, daß der Normenkontrollentscheidung konstitutive Bedeutung - selbst bei deren ex-tunc-Wirkung - zukommt. Nur dadurch lassen sich die rechtstheoretischen Schwierigkeiten lösen, auf die die Gegenmeinung stößt. Getragen wird dieses Ergebnis von den Überlegungen, daß sich die Normenkontrollentscheidung, nämlich die Aufhebung des Gesetzes, als Problem der Derogation erweist, indem es auf den Inhalt des Gesetzes ankommt. Dagegen reicht für die Erzeugung von Rechtswirkungen einer Norm bereits der gegebene Delegationszusammenhang aus, der bei ihrem Erlaß vorgelegen hat.¹⁾ Letztlich ist noch auf die Möglichkeit bei einer Verfassungsbeschwerde hinzuweisen, ein Gesetz mit der Rechtsordnung für unvereinbar zu erklären, ohne die Nichtigkeit festzustellen.²⁾ Auch das ist ein Beleg für die konstitutive Wirkung der Normenkontrollentscheidung.

¹ vgl. dazu ausführlich: Achterberg, DÖV 1973, S. 289 ff.

² vgl. § 31 Abs. 2 BVerfGG

Nicht anders stellt sich die Situation bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle dar. Zunächst ist auch bei ihr - wie bereits erwähnt - der Inhalt der Normenkontrollentscheidung in verschiedenen Erscheinungsformen möglich.¹⁾

Was für die konstitutive Kraft der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollentscheidung bei ex-tunc-Wirkung gilt, trifft gleichfalls für die verwaltungsgerichtliche Normenkontrollentscheidung zu. Für die Wirkung der Entscheidung verweist § 47 Abs. 6 Satz 3 VwGO ausdrücklich auf § 183 VwGO, eine dem § 79 Abs. 2 BVerfGG identische Regelung. Daß die konstitutive Wirkung von Normenkontrollentscheidungen bei untergesetzlichen Rechtsnormen keine neue Errungenschaft unserer heutigen Wissenschaft ist, zeigt ein Exkurs in die Verwaltungsüberprüfung nach österreichischem Recht. Dort entspricht es der Regel, daß die Verordnung trotz gesetzwidriger Aufhebung auf die "alten" Fälle

¹ vgl. die verschiedenen Möglichkeiten bei Achterberg VerwArch 1981, S. 182; Meyer-Ladewig, DVBl. 1976, S. 208/209, der im übrigen an der Vorbereitung der Novellierung maßgeblich beteiligt war; Bad.-Württ.VGH, DÖV 1979, S. 532

anwendbar bleibt.¹⁾

Im Ergebnis bleibt nach alledem festzuhalten, daß auch bei einer ex-tunc-Wirkung die verwaltungsgerichtliche Normenkontrollentscheidung in ihrem allgemeinverbindlichen Ausspruch mit konstitutiver Wirkung ausgestattet ist.²⁾

¹ vgl. Haller, in: Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk, S. 555 FN 9: "Nur wenn der VfGH eine derartige Verordnung als gesetzwidrig aufhebt, besteht allgemeine Bindung - außer bei rückwirkender Aufhebung ist die Verordnung dann von den Gerichten auf "alte" Fälle anzuwenden. Auch für den VfGH gibt es aber absolut nichtige Verordnungen, z.B. die von einem Privaten auf einer Straße angebrachte, ein Parkverbot signalisierende Bodenmarkierung". Bei dem genannten Beispiel fehlt es übrigens an dem erforderlichen Delegationszusammenhang. vgl. im übrigen die Nachweise bei Achterberg, DOV 1977, S. 654 FN 37 zur suspensiven und damit konstitutiven Wirkung der Normenkontrolle nach der österreichischen Verfassungslehre und -praxis.

² Diese Feststellung trifft auch das OVG Münster, NJW 1980, S. 1013 (1014)

4. Die Überprüfung von Verwaltungsverordnungen im
verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren

Unter dem Stichwort "formdivergierende Maßnahmen" wurde die Verwaltungsverordnung bereits gestreift.¹⁾

In der Vergangenheit gehörte es zu den gesicherten Erkenntnisse, daß Verwaltungsverordnungen mangels unmittelbarer Außenwirkung nicht zu den Rechtsquellen zu zählen seien und somit auch im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens nicht Gegenstand einer Überprüfung sein könnten.²⁾ Nun werden in der Bundesrepublik nicht nur eine Fülle der herkömmlichen Rechtsquellen geboren,³⁾ sondern in weitaus höherem Maße steigt die Zahl der Verwaltungsverordnungen, nicht zuletzt durch den Nachholbedarf der Verrechtlichung im besonderen Gewaltverhältnis.⁴⁾

Angesichts dieser Entwicklung bleibt es nicht aus, daß gegenwärtig die Einbeziehung der Verwaltungsverordnungen als Prüfungsgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle neu überdacht wird. Dabei besteht ein Spannungsfeld zwischen dem Bedürfnis des Bürgers einerseits, sich vor Übergriffen in seine Rechtssphäre zu schützen⁵⁾

¹ vgl. S. 40

² vgl. zum Meinungsstand: Ossenbühl, AöR 92, S. 1 ff.; ders., DVBl. 1969, S. 526 ff.

³ vgl. Lange, DVBl. 1979, S. 533 ff.; Becker, ZBR 1980, S. 116 ff.

⁴ vgl. Scheffler, DÖV 1980, S. 236 ff.; Eiselt, DÖV 1980, S. 405 ff.; Schmidt, BayVBl. 1980, S. 737 ff.

⁵ vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 170 ff.

und der Gefahr andererseits, daß bei Öffnung der Normenkontrolle der Individualrechtsschutz mehr in ein System populärer Rechtskontrolle übergleitet.

Mit dem Modell der formdivergierenden Maßnahme, auch gegen Hoheitsakte in der Form der Verwaltungsverordnung, aber mit dem Inhalt einer Rechtsverordnung, das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren zu eröffnen, ist dieses Spannungsfeld weitgehend entflochten worden.¹⁾ und zugleich einem Formenmißbrauch der Riegel vorgeschoben. In Betracht kommen die Verwaltungsverordnungen, die gesetzesändernden, -ergänzenden und nicht nur -interpretierenden Charakter haben.²⁾ Die Grenzziehung wird von Fall zu Fall durchzuführen sein, was in der Praxis keine Schwierigkeiten bereiten dürfte.³⁾

In diesem Zusammenhang verdient eine neuere Entscheidung⁴⁾ sowie die dazu ergangene Reaktion in der Literatur⁵⁾ der Erwähnung. In einem Verwaltungsstreitverfahren hat das Gericht zum Ausdruck gebracht, daß gültige Ablösungsvereinbarungen nach § 133 Abs. 3 Satz 2 BBauG nur vorliegen, wenn diese - sei es in Form von Satzungsbestimmungen oder als allgemeine Verwaltungsanordnungen - für das ganze Gemeindegebiet gelten. Die Folgerung für die

¹ vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 170/171

² vgl. Besler, DVBL. 1980, S. 822

³ Dies zeigen bereits die neueren Entscheidungen der Obergerichtsgerichte; vgl. Eiselt, DÖV 1980, S. 407 sowie die von Achterberg, während des Verwaltungsrichtertages 1980 zahlreich gebildeten Beispiele, die von den "Praktikern" der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle als zufriedenstellende Lösung empfunden wurden.

⁴ Bad.-Württ.VGH, Urt. vom 3.7.1979

⁵ vgl. Martin, KStZ 1981, S. 29

Praxis liegt auf der Hand: "Insbesondere wegen der geringeren formellen Anforderungen werden in der Praxis beim Erschließungsbeitrag die vom Gericht als ausreichend erachteten "Allgemeinen Verwaltungsanordnungen" den "Satzungsbestimmungen" vorzuziehen sein".¹⁾ Man wird wohl kaum Gründe finden, die Statthaftigkeit einer späteren verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle zur Überprüfung der "Allgemeinen Verwaltungsanordnungen" zu verneinen.²⁾

¹ vgl. Martin, KStZ 1981, S. 29

² Bei den KAG-Beiträgen stellt sich die Frage nicht, weil bereits der Gesetzgeber festgelegt hat, daß "das Nähere (über die Ablösung) in der Satzung zu bestimmen ist". Für eine unterschiedliche Behandlung im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens sind keine Argumente ersichtlich.

5. Die Befristung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollantrages

Die fehlende Fristenregelung in § 47 VwGO begleitete die Diskussion um die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle stets am Rande. Auch die Neufassung des § 47 VwGO enthält keine Frist zur Einleitung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle. Damit hat der Gesetzgeber die Empfehlung des Bundes Deutscher Verwaltungsrichter,¹⁾ eine Antragsfrist von etwa fünf oder zehn Jahren ab dem Inkrafttreten der Norm vorzusehen, unbeachtet gelassen. Die Empfehlung beruhte auf der Erwägung, daß durch die bundeseinheitliche Einführung sowie die Erweiterung des Prüfungsmaßstabes die Bedeutung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle erheblich gestiegen sei und es ferner nicht gut sei, wenn Rechtsnormen erst viele Jahre nach ihrem Inkrafttreten²⁾ als nichtig erkannt werden. In diesem Zusammenhang wird auch § 93 Abs. 2 BVerfGG angeführt, wonach die Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz oder gegen einen sonstigen Hoheitsakt, gegen den ein Rechtsweg nicht offensteht, nur innerhalb eines Jahres seit dem Inkrafttreten des Gesetzes oder dem Erlaß des Hoheitsaktes erhoben werden kann.

¹ vgl. Schreiben vom 26.5.1975 an den Bundesminister der Justiz

² Im übrigen ein Beleg für die konstitutive Wirkung der Normenkontrollentscheidung, vgl. S. 289

Auch hier stehen sich bei der Beantwortung der Frage zwei Reibungspunkte gegenüber. Einerseits spricht der Grundsatz der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens für eine Fristenregelung. Dem ist andererseits entgegenzuhalten, daß der Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit im Einzelfall sowie generell der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gegen die Einführung einer Antragsfrist sprechen.

Den letzteren Grundsätzen ist der Vorzug zu geben. Ein wesentlicher Gesichtspunkt findet sich wiederum in dem gemischten Verfahrenscharakter des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens als Rechtsschutz- und Rechtsbeanstandungsverfahren. Allein der Rechtsschutzcharakter der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle würde nicht ausreichen, um sich gegen eine Fristenregelung auszusprechen, denn wie bei allen anderen Rechtsschutzverfahren müßte hier gleichfalls die Einzelfallgerechtigkeit gegenüber den Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens zurücktreten. Allerdings können hier auch schon Bedenken einsetzen, weil dort in aller Regel eine konkret-individuelle,¹⁾ hier aber eine abstrakt-generelle Regelung als Ermächtigungsgrundlage für Einzelakte den Streitgegenstand bildet, so daß von daher ein echter Rechtsfrieden nicht eintreten kann.

Letztlich gewinnt insoweit der weitere - prozeßökonomische - Zweck, Folgeprozesse zu vermeiden, die entscheidende Bedeutung.²⁾ Den Normadressaten

¹ sieht man einmal von der Möglichkeit einer Normenkontrolle über § 43 Abs. 1 VwGO ab.

² Im übrigen fließen in den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch Gründe der Rechtssicherheit, Rechtsgewißheit und der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung ein. So genommen kommt den Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsgewißheit für das pro und contra einer Fristenregelung Bedeutung zu.

ist es nämlich bei Anwendung der Rechtsvorschrift immer noch möglich, diese im Wege der inzidenten Überprüfung auf ihre Ungültigkeit überprüfen zu lassen. Hinzu kommt, daß angesichts der Allgemeinverbindlichkeit der Normenkontrollentscheidung im Falle der Ungültigkeit der Rechtsvorschrift diese auch zugunsten derjenigen wirkt, die möglicherweise eine Antragsfrist versäumt haben.¹⁾

Selbst wenn man die verwaltungsgerichtliche Normenkontroll generell durch eine Antragsfrist vom Inkrafttreten der Norm ausschließt, ergeben sich dagegen unter Rechtsschutzgesichtspunkten Bedenken. Die normanwendende Stelle könnte nämlich so lange von der Anwendung der Norm absehen, bis die Antragsfrist abgelaufen ist. Die Adressaten wären dann auf das inzidente Verfahren angewiesen, was aber dem Sinn und Zweck des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens zuwiderliefe.

Schließlich führen auch die vorgeschlagenen Fristen von fünf oder zehn Jahren²⁾ zu keiner anderen Beurteilung. Abgesehen davon, daß derartig lange Fristen dem Prozeßrecht fremd sind, wird der gewollte Zustand der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens dadurch nicht erreicht.

Für eine der Bestimmung des § 93 Abs. 2 BVerfGG entsprechende Fristenregelung besteht bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle kein Bedürfnis. Die unter § 47 VwGO fallenden Rechtsvorschriften sind auf einen örtlich begrenzten Kreis zuge-

¹ vgl. S.80/81

² vgl. S.296 ; der Vorschlag ist wohl dahingehend zu interpretieren, eine Antragsfrist von fünf bis zehn Jahren vorzusehen.

schnitten. Im Gegensatz zu den Hoheitsakten gem. § 93 Abs. 2 BVerfGG werden diese Rechtsvorschriften so rechtzeitig den Adressaten bekannt, daß eine verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach Jahren nicht zu befürchten ist. Die Beteiligungs- und Unterrichtsregelungen gem. § 2 a BBauG, § 6 b GO NW bieten dafür eine ausreichende Gewähr.¹⁾

Im übrigen hat es der Normanwender in der Hand, durch einen zügigen Vollzug der Norm im Einzelfall die Unanfechtbarkeit herbeizuführen, so daß eine verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig wäre.²⁾ Letztlich enthält § 183 in Verbindung mit § 47 Abs. 6 Satz 3 VwGO ein Regulativ, um den Ablauf des Verwaltungshandelns zu gewährleisten.³⁾

¹ vgl. ferner Meyer-Ladewig, DVBl. 1976, S. 208

² wenn der Nachteil nicht mehr beseitigt werden kann, besteht auch kein Bedürfnis mehr, ein gerichtliches Verfahren einzuleiten.

³ Die von der Antragsfrist unabhängige Frage der Verwirkung des Antragsrechts hat von jeher für das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren keine Rolle gespielt. Dies folgt schon aus dem besonderen Streitgegenstand des Verfahrens. vgl. Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 30; Tschira/Schmitt Glaeser, S. 247

Schlußbetrachtung

Die eingangs gestellte Frage, ob es dem Gesetzgeber durch die Vovellierung des § 47 VwGO gelungen ist, der bestehenden Probleme Herr zu werden, kann sicherlich nicht mit einem eindeutigen "Ja" oder "Nein" beantwortet werden. Dafür haben die vorstehenden Ausführungen zu deutlich gezeigt, daß einige Probleme gelöst wurden, andere nach wie vor bestehen und schließlich neue hinzugekommen sind.

Eine Bilanz kann insoweit nur gezogen werden, als man sich vergegenwärtigt, daß die einzelnen Probleme im Lichte rechtsdogmatischer, rechtssoziologischer und rechtspolitischer Gesichtspunkte zu betrachten sind.

In rechtsdogmatischer Hinsicht - hier wird die Frage nach dem normativen Sinngehalt des Rechts gestellt - genügt der Hinweis, daß der Gesetzgeber mit der neuen Verwaltungsprozeßordnung die Chance hat, bestehende Unebenheiten zu bereinigen.¹⁾

¹ Betrachtet man den Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung - vorgelegt vom Koordinierungsausschuß zur Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Sozialgerichtsgesetzes - , so finden sich dort schon einige Ansätze: Gem. § 42 Abs. 1 des Entwurfs sollen die landesgesetzlichen Verordnungen und andere im Range unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften im Wege der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle überprüfbar sein; sollen ferner gem. § 42 Abs. 6 die Revision und gem. § 154 die Verfahrensvorschriften der einstweiligen Anordnung des geltenden § 123 VwGO eingeführt werden. Indes ist diesbezüglich lediglich ein vorsichtiger Optimismus angezeigt. Angesichts der Fülle der gewollten Neuregelungen und des daher als "Jahrhundertwerk" zu apostrophierendes Gesetzeswerkes

Ansonsten kann behauptet werden, daß unter rechtssoziologischen Gesichtspunkten, bei denen es um die Frage nach der Realität bestimmter rechtlicher Regelungen geht, sowie rechtspolitischen Gesichtspunkten, nämlich der Gerechtigkeit des geltenden Rechts, die noch bestehende Problematik einer Lösung zugeführt werden kann. Dies ist dadurch zu erreichen, daß die Gerichte die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen behutsam konkretisieren und auch ausfüllen.¹⁾ Dabei erscheint insbesondere bei prozessualen Problemen die erzielbare größere "Gerichtsbarekeitsnähe" in der Funktioneordnung von Vorteil.²⁾ Daß der Gesetzgeber selbst diesen Weg im Auge hatte, zeigen die amtlichen Begründungen zum Nachteilsbegriff.³⁾

Fortsetzung FN 1 S. 300

ist mit einem Inkrafttreten, jedenfalls mit dem Inhalt des Entwurfs der Kommission, vorerst nicht zu rechnen. Das gilt insbesondere für die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle. vgl. die Stellungnahme des Bundes Deutscher Verwaltungsrichter vom 10.2.1981 zu § 38 des Referentenentwurfs einer Verwaltungsprozeßordnung - Stand: 10.8.1980 -: "Der Bund Deutscher Verwaltungsrichter hält es gegenüber dem Kommissionsentwurf für einen Rückschritt, daß von der dort vorgesehenen allgemeinen Einführung des Normenkontrollverfahrens Abstand genommen worden ist. Es gibt letztlich keinen sachlich einleuchtenden Grund dafür, daß beispielsweise Satzungen über die Erhebung von Erschließungsbeiträgen stets der Normenkontrolle unterliegen sollen, Satzungen über die Erhebung von Kanalanschlußbeiträgen aber nur dann, sofern das Landesrecht dies bestimmt". Wie man sieht, ist neuer Streit vorprogrammiert.

¹ vgl. Achterberg, VerwArch 1981, S. 184

² vgl. Achterberg, a.a.O.

³ vgl. BT-Drucks. 7/4324, S. 11

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.11.1979 ist ein Schritt auf diesem Wege. Es bleibt zu hoffen und zu wünschen, daß noch weitere Schritte folgen werden. So gesehen kann die Novellierung des § 47 VwGO als eine positive Kodifizierung bezeichnet werden.

Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß die Entwicklung des Rechts einem dialektischen Prozeß folgt, daß These auf Antithese gesetzt wird und daß dann am Schluß beide, diejenigen, die etwas befürworten, und die, die es ablehnen, zur Lösung der Dinge beitragen.

Lebenslauf

Am 14. Mai 1945 wurde ich als Sohn des Theodor Besler und seiner Ehefrau Margarete, geb. Dalka in Auerbach (Vogtland) geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Durch die Auswirkungen des Krieges und die Flucht kamen wir nach Magdeburg, wo ich im Herbst 1951 eingeschult wurde. Im Jahre 1953 siedelten wir in die Bundesrepublik über. Die weitere Schulzeit absolvierte ich in Lünen.

Nach Abschluß der mittleren Reife im Jahre 1962 begann ich meine berufliche Tätigkeit bei der Stadt Lünen mit der Ausbildung für den mittleren Verwaltungsdienst.

Von 1966-1969 durchlief ich bei der Landeshauptstadt Hannover die Ausbildung für den gehobenen Dienst. Anschließend besuchte ich das Hannover-Kolleg, wo ich am 23. Juli 1971 die Reifeprüfung ablegte. Das Studium der Rechtswissenschaften nahm ich im Wintersemester 1971/72 an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster auf. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich am 6. Dezember 1975 und die zweite juristische Staatsprüfung am 2. Juni 1978 ab. In der Zeit vom 5. Juni 1978 bis zum 28. Februar 1979 stand ich als Städtischer Rechtsrat z.A. in den Diensten der Stadt Schwerte. Seit dem 1. März 1979 bin ich als Richter beim Verwaltungsgericht Arnshagen tätig.

